

**T.C.**  
**ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**  
**ÖZEL HUKUK**  
**ANABİLİMDALI**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**HEKİMİN ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜ**

**ECE SİNDEL**

**ARALIK 2014**

Tez Başlığı: **Hekimin Özen Yükümlülüğü**  
Tezi Hazırlayan: **ECE SİNDEL**

Sosyal Bilimler Enstitüsü Onayı

  
Prof. Dr. Mehmet YAZICI  
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

Bu tezin yüksek lisans derecesi elde etmek için gerekli koşulları sağladığımı onaylarım.

  
Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU  
Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanı

Bu tez, tarafımdan incelenmiş olup yüksek lisans tezi olarak uygun bulunmuştur.

  
Prof. Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU  
Tez Danışmanı

**Tez Jüri Tarihi: 03 / 12 /2014**

**Tez Jüri Üyeleri:**

Prof.Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU (Çankaya Üniv.)

Prof. Dr. Cemal OĞUZ (Gazi Üniv.)

Yrd. Doç. Dr. Emel BADUR (Çankaya Üniv.)





**ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE**

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, tez çalışmamda bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları bilimsel etik kurallar gözeterek ifade ettiğimi ve kaynağımı gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.

Adı, Soyadı : Ece SİNDEL

İmza : 

Tarih : 11.12.2014

## ÖZET

### HEKİMİN ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜ

SİNDEL, Ece

Yüksek Lisans Tezi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk

Tez Yöneticisi : Prof. Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU

Aralık, 100 sayfa

Bu çalışma ile, Sağlık Hukuku ve tıp etiği kavramlarının günümüzde gittikçe önem kazanmasıyla birlikte hekimlerin tedaviden kaynaklanan sorumlulukları, hasta hakları ile hekimlerin yükümlülüklerinin başında gelen özen yükümlülüğü anlatılmak istenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Tedavi sözleşmesi, malpraktis, haksız fiil.

**ABSTRACT**  
**PHYSICIAN'S CARE LIABILITY**

**SİNDEL, Ece**

**Master's Thesis**

Institute of Social Sciences

Private Law

Thesis Advisor: Prof. Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU

December, 100 pages

Concepts of Health Law and medical ethics have increasingly come into prominence today and this study aims to analyze physician's liabilities arising from treatment, patient rights and care liability – one of a physician's major liabilities.

**Key Words:** The treatment contract, malpractice, (law) tort.

## TEŞEKKÜR

Tez alıŐmalarım süresince değerli yardım ve katkılarıyla beni bilgilendiren ve yönlendiren tez danışmanım Prof.Dr. Erzan ERZURUMLUOğLU'na, yine kıymetli deneyim ve bilgi birikiminden faydalandığım hocam Yrd. Doç. Dr. Emel BADUR'a ve manevi destekleriyle beni hiçbir zaman yalnız bırakmayan, hayatımın her evresinde emeklerini ve sevgilerini benden esirgemeyen annem Pınar SİNDEL, babam Prof. Dr. Őükrü SİNDEL, ağabeyim Engin SİNDEL'e ve tüm yakınlarıma teşekkür ederim.

## İÇİNDEKİLER

İNTİHAL BULUNMADIĞINA İLİŞKİN SAYFA.....	iii
ÖZET.....	iv
ABSTRACT.....	v
TEŞEKKÜR.....	vi
KISALTMALAR.....	x

## BÖLÜMLER

GİRİŞ.....	1
------------	---

### BÖLÜM I

#### I. HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN

KAYNAKLARI.....	2
A. Sözleşmeden Doğan Sorumluluk.....	3
B. Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk.....	7
C. Vekaletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluk.....	13

#### II. TEDAVİ SÖZLEŞMESİ

A. Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği.....	14
B. Tedavi Sözleşmesinin Özellikleri ve Diğer Sözleşmelerden Farklılıkları.....	17
C. Tedavi Sözleşmesinin Unsurları.....	21
D. Hekimin Çalışma Alanına Göre Tedavi Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğu.....	24
1. Serbest Çalışan Hekimlerin Tedavi Sözleşmesinden Sorumluluğu.....	24
2. Kamuda Çalışan Hekimlerin Tedavi Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğu.....	28

<b>E. Hastanelerin Tedavi Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğu.....</b>	<b>29</b>
1.Özel Hastanelerin Tedavi Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğu.....	29
2.Kamu Hastanelerinin Tedavi Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğu.....	33
<b>F. Hekimin Tedavi Sözleşmesinden Doğan Yükümlülükleri.....</b>	<b>35</b>
1.Teşhis Koyma.....	36
2.Tedavi Yöntemlerini Seçme ve Uygulama.....	37
3.Tedaviyi Bizzat Yapma.....	37
4.Hastayı Aydınlatma.....	39
5.Hasta Rızası (Aydınlatılmış Onam).....	42
6.Sadakat ve Özen.....	45

## **BÖLÜM II**

<b>II.ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE SONUÇLARI.....</b>	<b>50</b>
A. Özen Kavramı.....	51
B. Özen Yükümlülüğünün Diğer Yükümlülüklerle Göre Yeri.....	54
C. Özen Yükümlülüğünün Tedavideki Yeri ve Önemi.....	55
1. Hasta ile Hekim Arasında Kurulan Hukuki İlişkide Özen Yükümlülüğü.....	56
2. Hekimin Kendi Kusurundan Doğan Özen Yükümlülüğü.....	57
3. Hekimin Başkasının Fiili Nedeniyle Özen Yükümlülüğü.....	61
4. Müdahalede Kullanılan Araç- Gereçlere Göre Özen Yükümlülüğü.....	63
D. Özen Sorumluluğunun Türleri.....	64
1.Hekimin Özen Yükümlülüğüne Aykırılık Sebebiyle Sözleşmeye Dayanan Sorumluluğunun Unsurları.....	64
a. Özen Yükümlülüğüne Aykırı Davranışın Varlığı.....	65
b. Özen Yükümlülüğüne Aykırı Davranıştan Zarar Görülmesi.....	66
c. Uygun İlliyet Bağı.....	67



d. Kusur.....	68
2.Hekimin Sözleşme Dışı (Haksız Fiil) Özen Yükümlülüğüne Aykırılığı.....	72
E. Özen Yükümlülüğünden Doğan Sorumluluğun Sona Ermesi.....	75
F. Özen Yükümlülüğünün İhlali Sonuçları.....	79
G.Özen Yükümlülüğüne Aykırılık Nedeniyle Hekimin Malpraktis Sorumluluğu.....	83
1.Hasta Kabulde.....	83
2. Acilde.....	84
3. Teşhiste.....	85
4. Tedavide.....	86
H. Tıbbi Müdahale ve Tedavide Özen Yükümlülüğüne Aykırılık Nedeniyle Ortaya Çıkan Malpraktisin Kusur ve Komplikasyonlarla İlişkisi.....	90
SONUÇ.....	94
KAYNAKÇA.....	97

## KISALTMALAR

<b>Art.</b> :	Artikel
<b>BK</b> :	Borçlar Kanunu
<b>E.</b> :	Esas Numarası
<b>İİK</b> :	İcra ve İflas Kanunu
<b>K.</b> :	Karar Numarası
<b>m.</b> :	madde
<b>s.</b> :	sayfa
<b>TBK</b> :	Türk Borçlar Kanunu
<b>TTB</b> :	Türk Tabipler Birliği
<b>TTK</b> :	Türk Ticaret Kanunu
<b>vb</b> :	ve benzeri
<b>v.d</b> :	ve devamı
<b>YHD</b> :	Yargıtay Hukuk Dairesi
<b>YHGK:</b>	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

## GİRİŞ

İnsanın en temel hakkı, yaşam hakkıdır. Anayasa'nın 17. maddesinde; "Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz." denilmiştir; buna göre; tıbbi zorunlulukları, kanundaki kurallara, meslek etiğine uygun olarak yerine getirmekle yükümlü olan hekimler haricinde, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı belirtilmiştir.

Tıbbi müdahale; en basit tıbbi tedaviden, en ağır cerrahi ameliyatlara kadar uzanan ve kişilerin sağlığına yönelik olan tüm tıbbi uğraşları kapsar. Hekimler; tıbbi müdahaleleri sırasında tıp biliminin kabul ettiği tüm kurallara uymak, gerekli dikkat ve özeni göstermek zorundadırlar.

Hekimin sorumluluğu; mesleki sorumluluk, idari sorumluluk, hukuki sorumluluk ve cezai sorumluluk olarak ayrılmaktadır. Hekimler, tıbbi müdahaleleri sırasında kurallara uymaz ve gerekli dikkat, özeni göstermezlerse; bu sorumluluklara göre ortaya çıkan zarardan sorumlu tutulurlar.

Ülkemizde; tıbbi müdahaleden doğan sorumluluğu düzenleyen ayrı özel bir yasa bulunmadığından; hekimler ve sağlık kuruluşlarının hukuki sorumlulukları sorumluluk hukukunun genel ilkelerine göre belirlenir.

Hekimin hukuki sorumluluğunda; hekimle hasta arasındaki tedavi sözleşmesinden kaynaklanan sorumluluğu yanında haksız fiil sorumluluğu ve vekaletsiz iş görmeden dolayı sorumluluğu da ortaya çıkabilmektedir.

Hekimlerin sorumluluğunda; hekimin özen yükümlülüğü ve bunun ispatı büyük önem taşımaktadır. Hekimin hukuki sorumluluğunda günümüzde de sıklıkla karşılaşılan; hasta ve hekim arasındaki hukuki ilişkide diğer yükümlülüklerle nazaran daha geniş ve önemli bir yere sahip olan özen yükümlülüğü kavramı, yükümlülüğün sonuçları ve ispatı dikkate alınmalıdır.

## **BÖLÜM I**

### **I.HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN KAYNAKLARI**

Sorumluluk; hukuka aykırı olarak meydana getirilen zararların üstlenilmesi zorunluluğudur. Sorumluluğa neden olanlar ise; kural olarak, tıbbi personelin veya ona bağlı olarak çalışan yardımcı personellerin bir şey yapmaları veya nadir olarak da yapmamalarıdır. Sorumluluğun; kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk olarak iki çeşidi vardır. Hekimin hukuki sorumluluğunda, kusur sorumluluğuna bağlı kalınmıştır.

Hekimin hukuki sorumluluğunun kapsamına hem sözleşmeye dayalı sorumluluk hem de haksız fiil nedeniyle sözleşme dışı sorumluluk girer; her iki halde de hekimin ve yardımcı personelinin hukuki sorumluluğu, kusura dayalı sorumluluktur. Hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişki çeşidi, sorumluluk hukukunun açıklanması için çok büyük önem taşır. Buna göre, hekimin hukuki sorumluluğu; sözleşmeden, haksız fiilden ya da vekaletsiz iş görmeden kaynaklanabilir.<sup>1</sup>

Hekimin hukuki sorumluluğu, hasta ile aralarındaki ilişkinin özel bir ifadesi olan "borç ilişkisi" kavramını esas alır. Söz konusu sorumluluğun dayanağını da; tıbbi teşhis ve müdahaleyi içeren tedavi/ hekimlik sözleşmesinin kapsamı ve sonuçları oluşturur. Tıbbi yardım ve müdahaleden doğan hukuki sorumluluğun belirlenmesi için öncelikle tıbbi yardımın verildiği yer, niteliği ve konumu ile hasta, doktor ve hastane ilişkilerinin hukuksal niteliğine bakılır. Taraflar arasındaki hukuki ilişkinin sözleşme ilişkisi mi haksız eylem ilişkisi mi, vekaletsiz iş görme ilişkisi mi olduğu ve sorumluluğun kime yönelileceği de buna göre belirlenir.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> İpekyüz Yavuz, Filiz. Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmeleri, İstanbul 2006, s. 119-123; Kıcalıoğlu, Mustafa. Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları, s. 168.

<sup>2</sup> Kıcalıoğlu, s. 169, 171; Savaş, Halide. Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları, Ankara 2007, s. 295.

## A. Sözleşmeden Doğan Sorumluluk

Akdi sorumluluk, bir akitle taahhüt altına girmiş olan şahsın , bu akitten doğan yükümlülüklerini ihlal etmesi sonucunda, akdin diğer tarafına vermiş olduğu zararın tazmin yükümlülüğünü ifade eder. Hekimin sözleşmeden doğan sorumluluğu için; her şeyden önce hekimle hasta arasında önceden açık (sarih) veya zımni olarak kurulmuş bir " Tedavi Sözleşmesi"nin varlığı gerekir. Hekimle hasta arasındaki mevcut bulunan sözleşmenin hekim tarafından ihlal edilmesi; yani hekimin üstlendiği teşhis, tedavi taahhüdüne olumlu ya da olumsuz bir davranışla aykırı hareket etmesi, hekimin kendisine yüklediği yükümlülükleri kasten veya ihmal ile ihlal etmiş olması, zararın ortaya çıkması, hekimin kusurlu davranışı ile zarar arasında illiyet bağının olması gerekir. Tedavi sözleşmesinde belirli bir biçim koşulu da yoktur.<sup>3</sup>

Gerçek yaşamda tedavi sözleşmesi, klasik sözleşme yapma yöntemine çok benzemez. Bu durum sağlık konusunun doğasından kaynaklanır. Sözleşme; icap (önerim) ve kabul olarak adlandırılan birbirine uygun irade beyanıyla oluşur. <sup>4</sup> Tedavi sözleşmesi ise; hastanın muayene veya tedavi olmak için hekime başvurması, hekimin de hastayı muayene etmeyi kabul etmesiyle hastayla hekim arasında, özel hukuk ilişkisi niteliğinde olan vekalet sözleşmesi kurulmuş olmaktadır.<sup>5</sup>

Tıbbi sorumluluktaki maddi zarar; yükümlülüğe uygun bir tedavi yapılsaydı hastanın kavuşacağı sağlık durumuyla yürütülebilen hatalı tedavinin gerçek sonuçları arasında parayla ölçülebilen farkı; manevi zarar ise; hatalı bir tedavinin sonucu olarak hastanın duyduğu bedensel ve hernevi acıyı, hayat zevklerinde meydana gelen azalmayı ifade eder.<sup>6</sup>

Hekim ile hasta arasında kurulmuş olan tedavi sözleşmesinde belli unsurlar bulunur. Tedavi sözleşmesinin temel unsurları; hasta, hekim, tıbbi müdahale,

---

<sup>3</sup> Yılmaz, Battal. Açıklamalı- İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2007, s.13; Özdemir, Hayrunisa. Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, s. 51.

<sup>4</sup> Kılıçoğlu, Ahmet. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2006, s. 37-51.

<sup>5</sup> Kıcalıoğlu, s. 174; Reisoğlu, Seza. Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler IV. Sempozyumu, İstanbul 1983, s. 3.

<sup>6</sup> Öztürkler, Cemal. Hukukun Uygulanmasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis ve Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, Ankara 2006, s. 41.

tarafklar arasında anlaşma ve ücrettir. Buradaki önemli konu; tedavi sözleşmesindeki bir tarafın mutlaka hasta olması; ancak diğer tarafın sadece hekim değil, hekim dışında eczacı, diyetisyen vb. de olabileceğidir. Sözleşmenin ihlali olmaması için; hekimin tedavi amacıyla gerçekleştirdiği tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu hakkın icrasına dayanır. Sonuç olarak; cerrahi müdahalelerin hukuka uygunluk sebebi dolayısıyla suç teşkil etmediği noktasında hukukçular arasında oybirliği olmakla birlikte<sup>7</sup>; hakkın icrası veya görevin ifasının kabul edilmesinde hukuka uygunluk sebebinde hakkın veya görevden doğan yetkinin sınırsız bulunmadığı, kullanılma şartlarının ve sınırlarının hukuk düzeni tarafından gösterilmesi gerektiği konusunda da hiç bir kuşku bulunmamaktadır.<sup>8</sup>

Hekimin hastasıyla arasındaki tedavi sözleşmesi; vekalet sözleşmesi olarak kabul edilir. Bunun nedeni; TBK m. 502'deki vekalet sözleşmesi hükümlerine dayanır. Çünkü vekalet; vekile müvekkilin çıkarına ve iradesine uygun bir sonuca yönelen bir iş görmeyi, bir zaman kaydına tabi olmaksızın ve bağımsız olarak yapma borcunu (sonucun elde edilmesi rizikosu ona ait olmak üzere) yükleyen bir sözleşmedir. Tedavi sözleşmesi de vekalet sözleşmesine benzer. Nedeni; hekimin, hastasını muayene ve tedavi etmesi, maddi bir eylemle ilişkilidir. Hekimin gördüğü iş, hastasının çıkarına ve onun iradesine uygun olarak yapılır. Bazı tereddüt yaratan özel durumlar haricinde; işin zamana bağlı olmaması, hekimin tıbbi kurallara uygun olarak teşhis koyması ve gereken tedaviyi yapması gerekirken, sonucun mutlaka iyi sonuçlanmasının gerekmemesi de tedavi sözleşmesinin bir vekalet sözleşmesi olduğunu göstermektedir.<sup>9</sup>

Hekim, kural olarak; sözleşme ile hastalığa teşhis koymak, hastalığı iyileştirmek, hastanın acısını azaltmak ve yapılması gereken operasyonu gerçekleştirmek için gerekenleri yapmayı tedavi sözleşmesi ile kabul etmiş sayılır. Tedavi sözleşmesi de; vekalet sözleşmesinin işi sadakatle ve özenle yapma, vekil edenin iradesine uygun davranma, sır saklama, işi bizzat yapma ve hesap verme yükümlülüklerini içerir. Özen borcu ise; uygun araç ve tedavi yönteminin seçilmesi, tıbbi kuralların tam olarak uygulanması, hastanın durum ve

---

<sup>7</sup> Er, Ünal. Sağlık Hukuku, Ankara 2008, s. 49-50.

<sup>8</sup> Güreli, Nevzat. Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalenin Sınırları, İstanbul Üniversitesi Dergisi, İstanbul 2011, s.268 .

<sup>9</sup> Aşçıoğlu, Çetin. Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Olgaç Matbaası, Ankara 1982, s. 31-33; Kıcalıoğlu, s. 172.

koşullarının gerektirdiği önlemlerin alınması, mesleki beceride kusursuzluk, gerekli mesleki dikkati gösterme ve tıp mesleğinin kurallarına uygun davranmayı gerektirir.<sup>10</sup>

Yargıtay da; hekim ile hasta arasındaki ilişkiyi vekalet akdi olarak kabul etmektedir. Yargıtay kararında<sup>11</sup>; davacının davalıların (hekimlerin) yanlış tedavisi sonucunda karaciğerini kaybettiğini, organ nakli ile yaşama döndüğünü ileri sürerek manevi-maddi tazminat istemesi ve davanın temelinin vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmasına yer vermiştir.

Hekimin belli bir sonucu üstlendiği bazı özel durumlarda ise; tedavi sözleşmesinin eser (istisna) sözleşmesi niteliği taşıdığı, örneğin; diş protezi, köprü ya da kron yapımı, takma göz, kol, bacak gibi yapay organların takılması, burun vb. güzelleştirici estetik ameliyatlarda hekim belli bir sonucu gerçekleştirmeyi borçlandığı için, eser sözleşmesi niteliğinde bir sözleşme ilişkisinin varlığı kabul edilmektedir.<sup>12</sup> Aşçıoğlu'na göre ise; diş çekimi ve diş takma eylemleri birlikte yapılıyorsa; hem vekalet hem de eser sözleşmesi birlikte olabilir.<sup>13</sup>

Eser sözleşmesi; TBK m. 470'den (BK m. 355) itibaren düzenlenmiştir. Buna göre; eser sözleşmesi; yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında belli bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. Bu durumda; hekim de üstlendiği edimi iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmekle yükümlü olup, meydana gelecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmak; aksine adet veya anlaşma olmadıkça eserin meydana getirilmesinde kullanılacak araç ve gereçleri kendisi sağlamakla yükümlüdür.

Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve

---

<sup>10</sup> Kıcalıoğlu, s. 173.

<sup>11</sup> 13. HD., E: 2005/15820, K: 2006/2367, T: 23. 02. 2006.

<sup>12</sup> Kıcalıoğlu, s. 172'den Demir, "Mehmet, Hekimin Hukuksal Sorumluluğunun Kaynakları ve Özel Hastane- Kamu Hastanesi Ayrımı", Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara 2009, s.267; Yılmaz, s.20; Öztürkler, s. 184; Zevkliler, Aydın. Özel Borç İlişkileri 2002, s. 465-467.

<sup>13</sup> Hancı, Hamit. Malpraktis, Tıbbi Girişim Nedenleri, Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, Ankara 2002, s. 124-125.

teknik kurallara uygun davranışı esas alınacağı TBK m. 471'de düzenlenmiş olup; hekimler de istisna sözleşmesinin konusuna giren işlerinde bu hükümlere göre sorumlu olacaklardır.

Eser sözleşmesinde esas olan unsur; bir eserin meydana getirilmesi iken vekalet sözleşmesinde belli bir yönde çalışmanın yüklenilmesidir. Hekim kusurlu olmadıkça tıbbi yardım ve müdahale nedeniyle istenilen sonuca ulaşamadığı için<sup>14</sup> sorumlu tutulamaz. Oysa; eser sözleşmesinde; işin ayıpsız olarak yapımı ve teslimi esastır. Örneğin; plastik cerrahın estetik ameliyatları, diş doktorunun diş dolgusu ya da protez yapımı üstlenmesi, eser sözleşmesinin konusuna girebilir. Estetik ameliyat nedeniyle ameliyatı yapan hekim, estetik görünüm konusunda belli bir güvence verdiyse taraflar arasındaki bu sözleşme eser sözleşmesi sayılır ve hekim buna göre sorumlu olur. Vekalet sözleşmesinde ücret zorunlu unsur olmadığı halde, eser sözleşmesinde ana unsur ücrettir. Vekalet sözleşmesinde taraflar kararlaştırmışsa ancak vekil ücrete hak kazanır.

Yargıtay kararlarında da bazı özel durumlarda hekim ile hasta arasındaki ilişkinin eser sözleşmesine dayandığının kabul edildiği görülmektedir.<sup>15</sup> Örneğin; Yargıtay tarafından verilen bir kararda<sup>16</sup>; estetik bir görünüm kazandıracağını ikna ederek davalı hekimin davacının burnunu ameliyat ettiği, fakat meslek hatası ve kusuru sonucu burnunun çöktüğü ve yüzünün tamamen değişip, çirkinleştiği iddiasıyla açılan maddi-manevi tazminat davasında; mahkemenin Yüksek Sağlık Şurası görüşlerine dayanarak verdiği davanın reddi kararının temyizinde; davada dayanılan maddi olgunun burnun estetik ameliyat yapılmasıyla istenilen ve kararlaştırılan biçime ve şekle uygun hale getirilmesi olduğu; böyle bir sözleşmede sonucun ortaya çıkması yönünden teminat altına girilerek borç altına girildiği; o nedenle bu tip sözleşmenin eser sözleşmesi olarak kabul edilmesinin halin icabına ve tarafların iradesine uygun olduğu, eser sözleşmelerinde yüklenicinin eseri meydana getirmekle ve onu teslim etmekle yükümlü olduğu, olayda davalı hekimin meslek bilgisinin tüm icaplarını yerine getirdiğini, kusuru bulunmadığını ispatla yükümlü olduğu; aksi durumda TBK m. 112'ye (BK m. 96)

---

<sup>14</sup> Hatemi, Serozan, Arpacı. Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s. 391.

<sup>15</sup> Kıcalıoğlu, s. 178.

<sup>16</sup> 13. HD. 5. 04. 1993 T., 1993/ 131 E- 2741 K.



göre sorumlu olacağı, dosyaya konan fotoğraflarda davacının ameliyat öncesi burnu ile ameliyat sonrası burnu arasında kıyaslanamayacak çok açık farklılık ve çöküntü olması, mahkemenin rapora istinaden bunları değerlendirmeden hüküm kurması nedeniyle kararın davacı yararına bozulmasına karar verilmiştir.

Yargıtay kararları ve anlatımlara bakıldığında; gereken özen ve dikkati göstermeyen hekim, vekalet görevini gereği gibi yerine getirmemiş sayılır. Hekimin serbest ya da kamu kurumunda çalışması sorumluluğunun varlığını değiştirmez. Ancak bazı durumlarda farklılıklar ortaya çıkabilmektedir. Bu durumlardaki farklılıkların temelinde; serbest çalışan hekim ile hasta arasında kurulmuş olan bir tedavi sözleşmesi var iken; kamu kurumunda çalışan bir hekimin hastası ile arasında tedavi sözleşmesinin olmaması yatar. Kamu kurumuna başvuran hasta ile hastane yönetimi arasında hastane kabul sözleşmesi kurulmuş olur. Serbest çalışan bir hekimin hukuki sorumluluğunda tedavi sözleşmesi esas alınırken; kamu hastanesinde çalışan bir hekimin hukuki sorumluluğunda ise; hasta kamu hizmetinden yararlanan bir kişi durumunda olduğundan özel hukuk kurallarına ya da sözleşmeye değil, kamu hukukuna göre tıbbi zarar değerlendirilir Bu durumda; kamusal hizmet kusuru nedeniyle idare hukuku kapsamında olayın irdelenmesi gerekmektedir. Kamu hastanelerinde çalışan hekimlerin kusurunun tespitinde; hastane sorumlu olup; doğrudan hekime sorumluluk yükletilemez. Ancak, Anayasa m. 129/5 gereğince; "Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir." hükmüne göre hekimin kusurunun olması durumunda dahi yalnızca hastaneye dava açılabileceği; hastanenin kusurdan doğan zararı hekime rücu edebileceği düzenlenmiştir.

## **B. Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk**

Haksız fiil, kişinin diğer kişilere karşı zarar verici nitelikteki hukuka aykırı eylemidir.<sup>17</sup>

Haksız fiil; TBK m. 49'dan itibaren düzenlenmiş olup; "kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür" şeklinde

---

<sup>17</sup> Gökcan, Hasan Tahsin. Haksız Fiil Hukuku ve Maddi- Manevi Tazminat Davaları, Ankara 2008, s. 32.

hükme bağlanmıştır. Ayrıca; zarar veren fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa dahi ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de bu zararı gidermekle yükümlü tutulmuştur. TBK m. 50'ye göre de; zarar gören, zararı ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altına konulmuştur.

Hekimin; sözleşme dışı kusura dayanan sorumluluğu, haksız fiil biçiminde ortaya çıkar. Hekim ile hasta arasında önceden kurulmuş bir sözleşme ilişkisi yoksa; sorumluluğun dayanağını hekimin haksız fiili oluşturur. Hekimin haksız fiilinde; TBK m.49 ve devamındaki düzenlemelere başvurulur.

Hekimin hukuki sorumluluğunun belirlenmesinde sözleşmeye aykırılık ya da vekaletsiz iş görme hükümlerinin uygulanma olanağının bulunmaması durumunda haksız fiile ilişkin hükümlere başvurulur.<sup>18</sup> Hekimler, hastalarının zarar görmemesi için yalnız mesleki (teknik) değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Hekimin davranışlarında kusur, kendisinden beklenen gerekli özeni ve sadakat borcunu eksik veya hiç yerine getirmemesi durumunda ortaya çıkar.<sup>19</sup>

Hekimlerin mesleki faaliyetleriyle ilgili uygulanan kanunların başında 1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun gelmesine karşın; bu kanunda da hekimlerin sorumluluklarını düzenleyen özel hükümler mevcut değildir.<sup>20</sup>

Hekimin haksız fiil sorumluluğuna başvurulabilmesi için gerekli şartlar; akdi sorumluluğa paralel olarak; hukuka aykırılık, kusur, zarar ve illiyet bağıdır.<sup>21</sup> Tandoğan ise; illiyet bağı kavramının yetersiz olduğunu belirterek hukuka aykırılık bağı kavramını ileri sürmüştür. Bu görüşe göre; zarar ile fiil arasında uygun illiyet bağı kurulabilse dahi hukuki sorumluluğun; sorumluluğun dayanağını oluşturan normatif düzenlemenin koruduğu hukuki değerler ile sınırlı olarak anlaşılması gerekir. Bu görüşe göre, zarar ile haksız fiil arasında hukuka

---

<sup>18</sup> Yılmaz, s. 105; Kıcalıoğlu, s. 417.

<sup>19</sup> Karahasan, Mustafa Reşit. Sorumluluk Hukuku, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, Öğreti Yargıtay Kararları, 6.Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2003, s.451.

<sup>20</sup> Şenocak, Zarife. Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998, s. 4.

<sup>21</sup> Uygur, Turgut. Açıklamalı- İctihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Cilt 2, Seçkin Yayınları, Ankara 2003, s. 1279.

aykırılık bağının bulunması; yani zararın norm ile koruma kapsamında bulunması gerekir.<sup>22</sup>

Hukuka uygunluk sebeplerinin; yani; hastanın rızası, kamu gücünün hukuka uygun şekilde kullanılması, hastanın menfaatine hareket edilmesi gibi durumlarda hekimin haksız fiil sorumluluğuna gidilemez. Haksız fiil sorumluluğundaki kusur ile sözleşmedeki hekimin kusuru arasında tek fark; haksız fiil sorumluluğunda ispat yükünün hasta üzerinde olmasıdır.<sup>23</sup>

Tıbbi yardım ve müdahale, insanın sağlık ve yaşamına yönelik riskli bir davranış olduğundan, doktor daha özenli ve dikkatli davranmak zorundadır.

Hastalığa teşhis konulması, ilaçların yazılması, cerrahi müdahalede bulunulması ve hastanın sürekli kontrol edilmesi gibi hastaya yönelik her türlü eylemlerinden doğan kusurlarından dolayı hekimler sorumludur. Hekimin haksız eyleminden dolayı kusur durumu belirlenirken de;

- hekimin hastaya verdiği değer ve gösterdiği ilgi,
- meslek koşullarını yerine getirip getirmediği,
- tıp bilimi kurallarını gözetme ve uygulamadaki tutumu,
- tıbbi müdahaleden önce, alınması gereken bütün önlemleri alıp almadığı,
- en küçük duraksamaya yer açan durumlarda; gerekli araştırmaları yapma, önlemleri alma ve hastanın özelliklerine en uygun tedavi yöntemlerini seçme konusundaki yaklaşım ve becerileri göz önünde tutulur.<sup>24</sup>

Hekimin haksız fiil sorumluluğunda; illiyet bağını kesen nedenlerden; mücbir sebep, zarar görenin kusuru, ve üçüncü kişinin kusuru varsa bu durumda hekim sorumlu tutulamaz.

Serbest çalışan hekimler ile kamu hastanelerinde çalışan hekimlerin haksız fiil sorumluluklarına ilişkin bazı farklılıklar ortaya çıkmaktadır. Kısaca değinecek olursak;

Serbest çalışan bir hekimin haksız fiil sorumluluğunda; hekimin hasta ile arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunmadığı durumlarda sorumluluk, genel

---

<sup>22</sup> Tandoğan, Haluk. Hukuka Aykırılık Bağı (Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları), İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, İstanbul 1980, s. 9.

<sup>23</sup> Yılmaz, s. 105.

<sup>24</sup> Kıcalıoğlu, s. 420- 430.

haksız fiil hükümlerine göre belirlenir. Buna göre; TBK m. 49; " Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren bu zararı gidermekle yükümlüdür."

Hekim; bu düzenlemelere göre; gerek kasti gerek ihmali davranışıyla hastaya zarar verirse ve arada bir sözleşme ilişkisi yoksa haksız fiilden sorumlu olur.<sup>25</sup> Hekimin beden bütünlüğüne yönelik operasyonları ise aynı zamanda haksız fiil teşkil ettiğinden arada sözleşme ilişkisi bulunsa bile hasta açacağı davada haksız fiil hükümlerine dayanabilir.<sup>26</sup>

Hekimin haksız fiil sorumluluğundan söz edebilmek için; hekim;  
-yapma veya yapmama şeklinde bir davranışı ile hastaya zarar verecek,  
-doğrudan veya dolaylı olarak başkalarına zarar vermeyi yasaklayan bir hukuk kuralını ihlal etmiş olacak,  
-hukuka aykırı sayılan fiili bilerek ve isteyerek gerçekleştirecek ya da  
-zararlı sonucun meydana gelmemesi için yeterince dikkat ve özen göstermeyecek,  
-hekimin hukuka aykırı fiili ile zarar arasında uygun bir illiyet bağı olacaktır.

Hekimin acil durumlarda hastaya müdahale etme yükümlülüğü olduğu halde etmemesi, hastanın aydınlatılmış onamını almadan cerrahi müdahalede bulunması durumunda hukuka aykırı bir fiil söz konusu olacaktır.<sup>27</sup>

Hekimin haksız fiil sorumluluğu sonucunda; hekim, hekimlik faaliyetlerinin icrası sırasında gerçekleştirmiş olduğu tıbbi müdahaleler neticesinde hastada meydana gelen zararları tazmin etmelidir. Hekim kusurlu olduğu veya objektif olarak sorumlu olduğu hallerde hastanın maddi ve manevi zararlarını tazmin etmekle yükümlüdür.<sup>28</sup> Tazminat miktarının belirlenmesinde; ilişkinin niteliği önem taşımaz. Hasta hekimden ancak; maddi ve manevi olarak uğradığı zararın tazminini isteyebilir, mahrum kaldığı karı isteyemez. Hastanın tazminat talep hakkının doğması için ise; hekimin kusurlu davranışı sebebiyle maddi bir zararın doğmuş olması gereklidir.<sup>29</sup>

---

<sup>25</sup> Sarıtaş, Hatice. Hasta Hakları Açısından Hekim Sorumluluğu, Bilge Yayınevi, Ankara 2005, s. 118, 119.

<sup>26</sup> Ayan, Mehmet. Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk, Kazancı Yayınları, Ankara 1991, s. 116.

<sup>27</sup> Sarıtaş, s. 119.

<sup>28</sup> Ayan, s. 121.

<sup>29</sup> Sarıtaş, s. 132.

Hekimlerin sorumluluğu hakkında bir çok Yargıtay kararı bulunmaktadır. Buna örnek olarak; Yargıtay'ın bir kararında<sup>30</sup>; karında koçer pensinin (farklı büyüklükte, ağız kısmı şubelerin birleştiği oynaktan başlayan ve uca doğru giderek daralan, kanayan damar ağzını bulup tutmaya yarayan cerrahi müdahalelerde kullanılan penstir.) unutulmasının bir kusur olduğu, büyük ve karışık ameliyatlarda bu durumun olabileceği, ameliyatın pazar günü ve acil yapıldığının söylenmiş, ancak kabul edilmemiş olduğu; mesleki değil, meslek dışı dikkatin bile böyle bir olaya meydan vermemesi gerektiği belirtilmiştir. Aynı zamanda; Yargıtay tarafından verilmiş bir kararda da<sup>31</sup>; sezeryanla yaptırılan doğumda tampon kompres (pansuman malzemesi) unutulması kusurlu davranış kabul edilmiştir.<sup>32</sup>

Tıbbi girişim ve yardım sırasında öngörülmesi olanağı olan riskli durumları önleyecek araç ve gereçlerin bulundurulmaması, hekimin gerektiğinde başka bir uzman hekimin ya da hastanenin yardımını istememesi de kusurlu bir davranıştır. Hekimin özen sorumluluğu, yalnız tedavi sırasında değil, tedavi sonrasında da geçerli olmalıdır.<sup>33</sup> Aksi durumda; hekimin sorumluluğuna başvurulabilir.

Kamu hastanelerinde çalışan hekimin haksız fiil sorumluluğunda ise; hastanın, hastaneye yaptığı başvurunun hastane yönetimi tarafından kabul edilmesiyle taraflar arasında hasta kabul sözleşmesi kurulmuş olduğu kabul edilir. Hasta kabul sözleşmesi; idari nitelikli, bir bakıma vekalet sözleşmesi türü diyebileceğimiz kendine özgü bir sözleşmedir. Hasta kabul sözleşmesi ile hastane, hastanın tedavisini yapmayı ve hastanedeki bakım hizmetlerini yerine getirmeyi kabul eder. Hasta kabul sözleşmesi uyarınca, hastanın tedavisi, hastanede çalışan hekim ve sağlık personelleri ile yerine getirilir. Bu durumda hekimler ifa yardımcılarıdır. Hekimler, böyle bir durumda tedavi sözleşmesinin tarafı olmadıkları gibi, kamu görevlisi olarak kamu hizmetini yerine getirmektedirler. Bu nedenle; hasta, kamu hizmetinden yararlanan bir kişi olduğundan kamu hastanesindeki tıbbi müdahaleden doğan zararlar nedeniyle

---

<sup>30</sup> 4. HD 11.12.1976-4260/1393.

<sup>31</sup> 4. HD 16.5. 1968 4365/4310.

<sup>32</sup> Hancı, s. 141.

<sup>33</sup> Hancı, s. 142.

sorumluluk kural olarak; özel hukuk kurallarına değil, idare hukuku kurallarına tabiidir. Kamu hastanelerinde çalışan hekim; kamu hizmeti yerine getirdiğinden; hizmet kusurunda idarenin sorumluluğuna gidilebilecektir. Hizmet kusuru, idarenin yürütmekle görevli olduğu bir hizmetin; kuruluşunda, düzenlenişinde ya da işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık ya da boşluktur. Hizmet kusuru; hizmetin kötü işlenmesi, geç işlenmesi ya da hiç işlememesi hallerinde gerçekleşir. Sağlık hizmetinin aksaklığı, eksikliği, kötü işleyişi, gerekli tıbbi malzemelerin bulunmaması, amaca uygun yeterli organizasyonun bulunmaması durumlarında idarenin sorumluluğuna gidilecektir. Nitekim Anayasa m.43'de; kişinin resmi görevliler tarafından haksız işlemleri sonucu uğradığı zararların kanuna göre devletçe tazmin edileceği, devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkının saklı olduğu; m. 129/5'te; memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlarda ancak idare aleyhine açılacağı hükme bağlanmıştır. Bu düzenlemelere göre; kamuya ait hastanede çalışan doktorun sorumluluğu; ancak kişisel kusuru ile söz konusu olmaktadır.<sup>34</sup>

Kişisel kusur; kamu görevlisinin, kamu görevini yerine getirirken emredici yasa kurallarına ve hukuka açıkça aykırı tutum ve davranışlarda bulunması ya da suç oluşturan bir fiil işlenmesi ya da zarar kastıyla, garez, kin, husumet, kıskançlık, intikam vb. duyguların etkisi altında eylem ve işlemlerde bulunması halinde olur. Kamu görevlisinin, kamu idaresine yöneltilemeyen, kendi şahsına yüklenebilen ve kişisel sorumluluğunu gerektiren hukuka aykırı eylem ve işlemleridir. Yargıtay kararında<sup>35</sup>; kişisel kusuru, sadece kin, hınç, düşmanlık vb. duyguların etkisi altında gerçekleşen eylemler bakımından değil, görevinin gerekli kıldığı özenin gösterilmemesi ve mesleğin gerektirdiği ilkelere uymadan yerine getirilmesi durumlarında da söz konusu olduğunu hükme bağlamıştır. Ancak; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun kararında<sup>36</sup> belirtildiği gibi; kamu görevlisinin hizmet içindeki veya hizmetle ilgili davranışının suç oluşturmaması ya

---

<sup>34</sup> Kıcalıoğlu, s. 291-352; Şenocak, Zarife. Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara 1995, s. 30-31.

<sup>35</sup> 4. HD. 30.11.1998 T. 1998/6342, E- 9531 K.

<sup>36</sup> 2011/4- 592 E. 2012/25 K.

da hizmet yürütürken ağır kusur işemesi vb. kötü niyetle bir kişiye zarar vermesi halinde dahi; kamu görevinden ayrılabilen bir kişisel kusurun olduğu iddia edilse dahi; hasta, doğrudan kamu görevlisi olan hekime karşı adli yargıda özel hukuk hükümlerine göre tazminat davası açamayacaktır.

### **C. Vekaletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluk**

Hekim, hasta ile arasında bir hukuki ilişki olmadığı halde, hasta yararına tıbbi faaliyette bulunabilir. Bu durum, hastanın, akdin kurulması için gerekli olan geçerli bir irade beyanında bulunmadığı hallerde söz konusu olur. Hekim söz konusu bu halde vekaletsiz iş gören olarak müdahalelerini hastanın muhtemel iyileşme menfaati sayesinde haklı görür.<sup>37</sup> TBK m.526'dan itibaren düzenlenen vekaletsiz iş görme hükümlerine göre; hekim sorumlu olur. Düzenlemelere göre; hekim vekaletsiz iş görürken; müdahalesini hastanın menfaatine ve varsayılan iradesine uygun olarak görmekle yükümlüdür. Vekaletsiz iş gören olarak hekim de her türlü ihmalden sorumludur. Ancak, hekim bu işi, hastanın karşılaştığı zararı veya zarar tehlikesini gidermek üzere yapmışsa, sorumluluğu daha az değerlendirilecektir.

Hekimin vekaletsiz iş gördüğü durumlarda sorumluluğu; acil durumlarda, ameliyatın genişletilmesi durumunda, hekimin vekaletsiz tıbbi müdahalede sorumlu olduğu durumlarda, umulmayan halden sorumluluğunda, tıbbi hatalar ya da komplikasyonlardan dolayı sorumluluğunda kendini gösterir. Ameliyatın genişletilmesi durumunun sorumluluğa yer vermemesi için; zorunlu olarak genişletilen tıbbi müdahalenin, hastanın aslında rıza göstermiş olduğu önceki müdahalenin risklerinden daha önemli ve büyük riskler taşımaması, gecikmenin doğuracağı tehlikeler nedeniyle hastanın rızasının alınmasının mümkün olmaması veya önemli organların genişletilmiş müdahale ile alınmasının ölüm tehlikesi nedeniyle zorunlu olması gerekir.<sup>38</sup> Aksi halde; hekim, vekaletsiz iş gören olarak sorumlu tutulacaktır.

---

<sup>37</sup> Öztürkler, s. 191; Yavuz, Cevdet. Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yenilenmiş 7. Baskı Beta Yayınevi, İstanbul 1996, s. 743, 753.

<sup>38</sup> Öztürkler, s. 191-192; Günday, Rezzan. Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 2012, s. 13.

## II. TEDAVİ SÖZLEŞMESİ

### A.Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin dayanağı olan sözleşmelerin ve hekim ile hasta arasındaki ilişkinin hukuki dayanağının ne olduğu konusunda çeşitli görüşler ortaya çıkmış; zamanla doktrinde ortaya atılan görüşlerde birlik sağlanması sonucunda; hasta ile hekim arasındaki hukuki ilişkinin kaynağı ve hasta ile hekim arasındaki sözleşmenin ne tür bir sözleşme olabileceği ile sözleşmelerin farklılıkları arasında bağlantılar kurulmuştur.

Hekimin tıbbi müdahale nedeniyle sorumluluğu, kural olarak sözleşmeden kaynaklanan sorumluluktur.<sup>39</sup> İstisnai olarak; haksız fiile dayanan veya vekaletsiz iş görmeye dayanan sorumlulukları da bulunmaktadır. Sözleşmenin hukuki niteliği ve özelliklerine geçmeden önce tıbbi müdahale kavramının açıklanması gerekmektedir.

Tıbbi müdahale; kişinin bedensel, fiziksel ve ruhsal yönden oluşan eksikliğini giderilmesine yönelik teşhis, tedavi ve bakım sürecini içine alan, tıp biliminin gerektirdiği kurallara göre yapılan her türlü uğraştan oluşmaktadır.<sup>40</sup> Bu açıklama nezdinde; tıbbi müdahale yapılan işlemin zorluk ya da kolaylık derecesine göre anlamlandırılmamıştır. En basit tıbbi tedaviden, en ağır cerrahi operasyonlara kadar yapılan tüm tıbbi girişimler tıbbi müdahale kavramı içinde değerlendirilmektedir.

Ayan'a göre tıbbi müdahale; *"...hekimin tedavi amacına yönelik etkinlikleridir. Buraya bir hastalığı, anormalliği ya da eksikliği önlemek, ortadan kaldırmak veya olumsuz etkilerini en aza indirmek için yapılan her türlü faaliyet dahildir..."*<sup>41</sup>

Hancı'ya göre; *" Tıbbi girişimde bulunan kişi, tıp meslek ve sanatını icra eden kişidir. Bu nedenle; bu meslek ve sanatını ilgilendiren eylem ve hareketlerde, bu gibi girişimlerde bulunmak yetkisine sahiptir. Tıbbi girişimde amaç;*

<sup>39</sup> Kıcalıoğlu, s.172; Yılmaz, s. 15.

<sup>40</sup> Kıcalıoğlu, s. 3.

<sup>41</sup> Ayan, s. 5.



*iyileştirmezdir. Hekimin eylemini hukuka uygun hale getiren sebep hastanın rızasıdır.*"<sup>42</sup>

Kıcalıoğlu'na göre ise; *"tıbbi müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesinin subjektif ve objektif iki ölçüsü bulunmaktadır. Subjektif ölçü; doktorun müdahaleyi yapmaya yetkili bulunması; objektif ölçü; doktorun müdahale sırasında tıp biliminin kabul ettiği güncel veriler ışığında hareket etmiş olmasıdır. Tıbbi müdahalede bulunmak için; tıp mesleğini icra etmeye yetkili kişiler tarafından yapılması, tıbbi müdahale kanun ile öngörölmüş amaçlara yönelik olması, tıp biliminin kabul edilmiş ilke ve kurallara göre davranılmış olması ve hastanın tıbbi müdahaleye rıza göstermiş olması gerekmektedir.*"<sup>43</sup>

Tıbbi müdahaleye rızanın hukuken geçerli olabilmesi için ise; tıbbi müdahaleye rıza gösteren hastanın hekim tarafından aydınlatılması ve böylece yapılacak tıbbi müdahalenin riskleri ve sonuçları hakkında ayrıntılı şekilde bilgi sahibi olması gerekmektedir.<sup>44</sup>

Hasta ile hekim arasında tıbbi müdahaleden doğan sözleşme ilişkisine; "Tedavi Sözleşmesi" ya da "Hekimlik Sözleşmesi" denilmektedir.<sup>45</sup> Hekim, bu sözleşme ile; öncelikle tıp bilimi ve uygulamasının öngördüğü esaslar çerçevesinde gerekli teşhisi koymak ve bu teşhise en uygun tedaviyi seçerek uygulamak yükümlülüğüne haizdir. Hekimlik sözleşmesi ile amaç; hastanın yeniden eski sağlığına kavuşmasını sağlamak ya da acılarının mümkün olduğunca hafifletilmesidir.<sup>46</sup> Ancak, hekim bu sözleşme ile tedavinin mutlak başarılı sonuçlanacağı yönünde garanti veremez.

Hekimle hasta arasındaki sözleşme ilişkisi TBK'da ayrıca düzenlenmemiştir. Hekimle hasta arasında kurulan tedavi sözleşmesinin niteliği konusunda

---

<sup>42</sup> Hancı, s.73.

<sup>43</sup> Kıcalıoğlu, s. 2,3.

<sup>44</sup> Özpınar, Berna. Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları, 1.Baskı, Güngör Basım-Yayım, Ankara Barosu, Ankara 2007, s.6.

<sup>45</sup> Başpınar, Veysel. *"Yargıtay Uygulamaları Açısından Hekimin Özen Borcunun Tıbbi Standartlarla İlişkisi"*, Prof.Dr.Fırat Öztan'a Armağan, Cilt I, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s. 365-394; Özgül, Mehmet Emin. Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 54; Dedeoğaç, Ender. Hasta Hakları Açısından Hekim Sorumluluğu, Bilge Yayınevi, Ankara 2005, s. 31. vb.

<sup>46</sup> Karasu, Sinem. Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 20.

doktrinde çeşitli görüşler ortaya çıkmış olup; bunlardan en çok ileri sürülenleri ise; tedavi sözleşmesinin hukuki niteliğinin vekalet sözleşmesi, hizmet sözleşmesi ve istisna sözleşmesi olduğu yönünde olmuştur.<sup>47</sup> Ancak öğreti ve uygulamada tedavi sözleşmesinin hukuki niteliğinin iki istisna dışında kural olarak vekalet sözleşmesi olduğu kabul edilmiş; bu iki kuralın istisnasının ise; "estetik cerrahi" ve "diş protezi" olduğu kabul edilmiştir.<sup>48</sup> Yargıtay da bir çok kararında hekim ile hasta arasındaki bu ilişkinin kural olarak vekalet ilişkisi olduğunu, istisnai olan durumlarda ise; estetik ameliyatlarında, ameliyat yapan hekimin, estetik görünüm konusunda belli bir teminat verdiği durumlarda tarafla arasındaki sözleşmenin bir eser sözleşmesi olduğunu kabul etmektedir. Eser sözleşmesinde de vekalet sözleşmesinde olduğu gibi müteahhit, işi sadakat ve özenle yapmakla yükümlüdür. Bu nedenle dava konusu olayda davalı hekim, mesleki bilgisinin tüm gerekliliklerini yerine getirdiğini ispatla yükümlüdür.<sup>49</sup>

Hekim ile hasta arasındaki teşhis ve tedavi ilişkisinin " vekalet" olarak kabul edilmesi vekalet sözleşmesinin niteliğine de uygun düşmektedir. Nitekim; vekalet sözleşmesi TBK m. 502 (BK m.386) 'den itibaren düzenlenmiştir. TBK m. 502'ye göre; "Vekalet sözleşmesi, vekilin vekalet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir. Vekaletle ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu kanunda düzenlenmemiş olan iş görme sözleşmelerine de uygulanır." Kanundaki açıklamalar ile; tedavi sözleşmesinin hukuki niteliğinin benzerliği açıkça görülmektedir.

Hastanın, muayene ve tedavi olmak için hekime başvurması, hekimin de hastayı muayene etmeyi kabul etmesiyle hekim ile hasta arasında özel hukuk ilişkisi niteliğinde olan vekalet sözleşmesi kurulmuş olur.

Tıbbi tedavi sözleşmesi kural olarak; hasta ile hekim arasında kurulmaktadır. Sözleşmenin kurulması bir şekil şartına bağlı olmayıp, tıbbi tedavi sözleşmesi hasta ve hekimin borç ve yükümlülüklerini içerir. Bu sözleşme ilişkisi çoğu zaman açık ya da zımnî olarak kurulmaktadır. Tedavi sözleşmesi de; karşılıklı rızaya dayanan, iki tarafa borç (hekime teşhis ve tedavi edimini; hastaya da kural olarak ücret ödemeyi) yükleyen bir sözleşmedir. Hasta tedavi olacağı hekimi

<sup>47</sup> Yılmaz, s. 16; Karasu, s.21; Şenocak, s. 18; İpekyüz, s. 65 vb.

<sup>48</sup> Başpınar, Veysel. (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Gözden Geçirilmiş 2.Baskı, Yetkin Yayınlar, Ankara 2004, s. 107,108.

<sup>49</sup> 13.HD. T. 05.04.1993, E. 1993/131,K. 1993/2741.

seçmekte serbest olduğu için, mesleki bilgisine ve uzmanlığına güvendiği hekime başvurur. Bu sözleşmenin temelini ise; hekime olan güven ve hekimin tıbbi müdahaleler sırasında hiçbir yere bağlı olmadan mesleğinin serbestçe uygulama özgürlüğü oluşturur. Hekim, kural olarak sözleşme ile hastalığa teşhis (tanı) koymak, hastalığı iyileştirmek, hastanın acısını azaltmak ve yapılması gereken ameliyatı gerçekleştirmek için gerekenleri yapmayı kabul etmiş sayılır.<sup>50</sup>

Tüm bu açıklamalara göre; tedavi sözleşmesinin hukuki niteliği; vekalet sözleşmesi olup, tedavi sözleşmesinin diğer sözleşmelerden farklılıklarının incelenmesi ile niçin hukuki niteliğinin vekalet sözleşmesi olduğu ise daha iyi anlaşılacaktır.

### **B. Tedavi Sözleşmesinin Özellikleri ve Diğer Sözleşmelerden Farklılıkları**

Hekim ile hasta arasında kurulan tedavi sözleşmesi çoğu zaman taraflar arasında önceden sarıh veya zımni olarak kurulmuş bir sözleşmedir. Tedavi sözleşmesi; tam iki tarafa borç yükleyen, teşhis ve tedavi edimini gerçekleştirecek hekim ile hasta veya kanuni temsilci arasında gerçekleştirilen rızai bir sözleşmedir.<sup>51</sup>

Tedavi sözleşmesi; konusu insan sağlığı ve beden bütünlüğünü oluşturması nedeniyle diğer sözleşmelerden farklıdır. Sözleşmenin bir tarafında bilgi ve yetenekleri ile donanmış hekim yer alırken, diğer tarafta ise; zayıf ve güçsüz duruma düşmüş hasta bulunmaktadır. Bu nedenle hekim; sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirirken sadece sözleşme hükümlerine değil, tıbbi meslek kurallarına da uygun davranmak zorundadır.<sup>52</sup> Tedavi sözleşmesinde güven ilişkisi de ön plandadır. Bu durum sözleşmenin diğer tarafını seçme konusunda, hasta ve hekim bakımından karar serbestisini gerektirmektedir.<sup>53</sup>

Vekalet sözleşmelerinde gerekli olan; işi sadakatle ve özenle yapma, vekil edenin iradesine uygun davranma, sır saklama, işi bizzat yapma ve hesap verme yükümlülükleri tedavi sözleşmesi açısından da geçerlidir. Buna göre; hastanın,

---

<sup>50</sup> Kıcalıoğlu, s. 172-174; Özgül, s. 54-57.

<sup>51</sup> Özdemir, Hayrunisa. " Diş Hekimlerinin Hukuki Sorumluluğu" , s.181, <http://www.erzincan.edu.tr> web sitesinden alındı, 18.11.2013.

<sup>52</sup> Dedeğaç, s. 31; Kıcalıoğlu, s.172.

<sup>53</sup> Şenocak, s. 54.

mesleki işini gören hekimden tedavinin tüm aşamalarında yakın ilgi, dikkat, özen gösterilmesini bekleme hakkı vardır. Gereken dikkati ve özeni göstermeyen hekim, vekalet görevini gereği gibi yerine getirmemiş sayılır. (TBK m.510- BK m.394).<sup>54</sup>

Tedavi sözleşmesinin özellikleri belirtilirken; vekalet sözleşmesinin özelliklerinin açıklanması gerekmektedir. Buna göre; tedavi sözleşmesi; tıpkı vekalet sözleşmesi gibi;

- iş görme sözleşmesidir. Buna bağlı olarak; vekalet sözleşmesi ile bir yapma edimi borçlanılır. Tedavi sözleşmesinde ise; bu hastayı tedavi etmek ya da acılarını hafifletmek edimi hekim tarafından hastaya borçlanılır.

- yoğun bir güven ilişkisi kurulur. Buna göre; edim eyleminin belirli bir süre devam ettiği sözleşmelerde, genellikle taraflar arasında güven ilişkisi de kurulur. Bu durum genellikle vekalet sözleşmesinde; dolayısıyla tedavi sözleşmesinde kendisini açıkça gösterir. Karşılıklı güven ilişkisi önem taşımaktadır. Tedavi sözleşmelerinde de; hasta mesleki becerisi ve bilgisine güvendiği hekimi seçerek tedavisini yaptırma, tıbbi müdahale konusunda bilgi alma hakkından yararlanabilme hakkını haiz iken; hekimi hastalığı konusunda aydınlatmalı hekime doğru ve eksiksiz bilgi vermelidir. Bu durumda; tedavi sözleşmesi gereken amacına ulaşarak; güven ilişkisine dayalı olarak sorunlar halledilmiş olacaktır. Vekalet sözleşmesi özellikleri tedavi sözleşmesi için de geçerli olmaktadır.<sup>55</sup> Buna göre;

- bağımsız bir iş görme edimi bulunur. Bu durumda, bazı iş görme sözleşmelerinden farklı olarak vekalet sözleşmelerinde, dolayısıyla tedavi sözleşmelerinde vekil; yani hekim kural olarak bağımsızdır. Oysa iş sözleşmesinde; işçi işverene bağımlı olarak hareket etmekle yükümlüdür. Tedavi sözleşmesinde hekim; hastasının verdiği eksiksiz ve doğru bilgiler ışığında hastasını teşhis etmek ve tedavi etmekle yükümlüdür. Bunun haricinde; hastanın hekimin uygulayacağı tıbbi metotlar ya da yöntemine müdahale etme hakkı yoktur. Ancak; hekim uygulayacağı tıbbi metotlarda hastasını aydınlatmalı ve onam almalıdır. Bunun haricinde; hekim bağımsız bir iş görendir.

---

<sup>54</sup> Kıcalıoğlu, s.174.

<sup>55</sup> Yavuz, s.607; Dedeğaç, s.34; Başpınar, s.368 vb.

- vekil, sonuçtan sorumlu değildir. Buna göre; tedavi sözleşmelerinde de; eser sözleşmeleri yani estetik müdahalelerde kurulan sözleşmelerden farklı olarak hekimin ille de eser sayılacak bir sonucu yaratması gerekmez. Hekim, özen borcuna göre hareket ettiği zaman, sonucun edilememesinden sorumlu tutulamayacaktır. Dolayısıyla; hastalığının iyileşmesi için hekime başvuran bir hastanın, hekim tarafından tüm özen yükümlülükleri yerine getirilmesine karşın hastalığı iyileşmez; hatta daha da kötü duruma giderse dahi hekimin bundan sorumluluğu olmayacaktır.

- vekalet sözleşmesi, genellikle sürekli borç doğuran bir sözleşmedir. Burada Sarı'ya göre; vekalet sözleşmesi, vekilin belirli bir malı veya işi yönetmesi şeklinde ortaya çıkarsa her zaman; iş görme kapsamında ulaşılmak istenen somut bir amaç ve edim sonucunun bulunduğu hallerde ise kural olarak sürekli borç ilişkisi niteliği taşır. İş görme kapsamında ifa edilen edime; bir hekimin mesleki faaliyetini icra etmesi örnek gösterilebilir.<sup>56</sup> Buna göre; tedavi sözleşmeleri de sürekli borç ilişkisi niteliği taşımaktadır.

- vekaletle ilişkin kurallar diğer iş görme sözleşmelerine de uygulanabilmektedir. Bu durum; tedavi sözleşmesinin bir özelliği olarak sayılmamakla birlikte; tedavi sözleşmesinin niçin vekalet sözleşmesi olarak kabul edildiğine açıklama getirmektedir. TBK m.502'de (BK m.386) vekaletle ilişkin hükümlerin, niteliklerine uygun düştükleri takdirde, bu kanunda düzenlenmemiş olan iş görme sözleşmelerine de uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Buna bağlı olarak; hukuki nitelikleri uygun düşen ve TBK'da ayrıca düzenlenmemiş olan tedavi sözleşmesi de vekaletle ilişkin kuralların uygulanacağı bir iş görme sözleşmesidir.

Tedavi sözleşmesinin özelliklerini ve tedavi sözleşmesinin niçin vekalet sözleşmesi ile benzerlik gösterdiğini anlayabilmek için; tedavi sözleşmesinin (vekalet sözleşmesinin) istisna (eser) sözleşmesi ile hizmet sözleşmesi arasındaki farklarının açıklanarak karşılaştırmalı olarak incelenmesi gerekmektedir.

Genel hizmet sözleşmesi TBK m.393 (BK m.313)'ten itibaren düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre; "hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan

---

<sup>56</sup> Zevkliler, Aydın; Gökyayla, K. Emre. Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s. 474'ten Sarı, s. 44-46; Hatemi'nin de (s. 432,433) aynı görüşte olduğu anlaşılıyor.

iş göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. İşçinin işverene bir hizmetin kısmi süreli olarak düzenli biçimde yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmeler de hizmet sözleşmesidir." Bu düzenlemeye göre; hizmet sözleşmesinde bir bağımlılık ilişkisi vardır. Çalışan işgücünü belirli veya belirli olmayan bu süre için işveren emrinde bulundurur. Hizmet sözleşmesinde sonuç; garanti edilemez. İşçi; iyi niyet kurallarına göre o iş için gereken faaliyeti göstermişse sonuç olumlu ya da olumsuz da olsa borcunu yerine getirmiş sayılacaktır.<sup>57</sup>

Hizmet sözleşmesinin unsurları; ücret, bağımlılık ve zaman olarak sayılabilir.<sup>58</sup>

Hizmet sözleşmesinin tüm bu unsurları dikkate alındığında süre ve bağımlılık unsurlarının hekim-hasta ilişkilerinde esaslı unsurlar olmadığı ortaya çıkmaktadır. Çünkü, hekimin amacı hastayı ve hastalığı tedavi etmektir. Bu tedaviyi, hekim belirli ya da belirsiz bir süre unsuru olmaksızın, bir zaman dilimine bağlı kalmaksızın, hastanın talimatları doğrultusunda değil, mesleğin gerektirdiği şekilde bağımlılık unsuru olmaksızın serbestçe yerine getirecektir. Hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin hizmet sözleşmesi niteliği taşımadığı konusunda doktrinde de görüş birliği bulunmaktadır.<sup>59</sup>

Tedavi sözleşmesinin istisna (eser) sözleşmesi niteliğinde olup olmadığı konusunda da doktrinde çeşitli görüşler ortaya atılmış olmakla birlikte; istisnai olarak bazı tıbbi müdahalelerde tedavi sözleşmesi istisna sözleşmesi niteliğinde olmaktadır.

Eser (istisna) sözleşmesi; TBK m.470 (BK m.355)'ten itibaren düzenlenmiştir. Bu düzenlemede; "eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir."

Eser sözleşmesinin en önemli unsurları; bir eserin meydana getirilmesi ve bunun karşılığında ödenen ücrettir. Ücret, eser sözleşmesinin zorunlu unsurudur ve taraflarca karşılaştırılmasına gerek yoktur.<sup>60</sup>

---

<sup>57</sup> Tandoğan, Haluk. Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C II, 4. Tıpkı Basımdan 5. Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 375.

<sup>58</sup> Yılmaz, s.16.

<sup>59</sup> Karasu, s. 23'ten Atabek/Sezen, s.142; Belgesay, s.76.

<sup>60</sup> Tandoğan, s. 48.

Eser sözleşmesinin konusunu; bir eserin meydana getirilmesi oluşturmaktadır.<sup>61</sup>

Hekimin mesleğini icra ederken tıbbi müdahale sırasında hastasına bağımlı olmaması ve çalışması karşılığında ücrete hak kazanması, hekim ile hasta arasındaki ilişkinin eser sözleşmesi niteliğinde olduğu görüşlerinin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Ancak, hekim hastasına karşı iyileştirme borcu altına girmez. Hekim, sadece tıp sanatı standartlarına göre tedavi için gerekli tüm çabayı gösterir.<sup>62</sup>

Tedavi sözleşmesinin, eser sözleşmesine dönüşmesi halinde hekim; çalışmanın kendisinden çok bu çalışmada gözle görülebilecek bir sonucu meydana getirme borcu altına girmiş olur. Buna örnek olarak; plastik cerrahın estetik ameliyatları, diş hekiminin protez yapımını üstlenmesi eser sözleşmesinin konusuna girebilmektedir. Estetik ameliyatı nedeniyle ameliyatı yapan hekim, estetik görünüm konusunda belli bir güvence vermişse, taraflar arasındaki bu sözleşme eser sözleşmesi sayılır.<sup>63</sup>

Yargıtay estetik amaçlı ameliyatlarda ameliyatı yapan hekimin estetik görüntü konusunda belirli bir garanti vermesi halinde hekim ile hasta arasındaki ilişkinin eser (istisna) sözleşmesi niteliğinde olduğunu kararlaştırmıştır.<sup>64</sup>

Tüm bu düzenleme ve açıklamalardan anlaşıldığı gibi; doktrinde de kabul edilen görüşe göre; hekim ile hasta arasındaki tedavi sözleşmesinin hukuki niteliği kural olarak vekalet sözleşmesine benzerlik gösterirken, istisnai durumlarda eser sözleşmesine benzerlik gösterdiği kabul edilmektedir.

### **C. Tedavi Sözleşmesinin Unsurları**

Tedavi sözleşmesinin varlığı için bazı temel unsurların mevcut olması gerekmektedir. Unsurların tamamının bulunmaması halinde tedavi sözleşmesinden söz edilemez. Tedavi sözleşmesindeki temel unsurlar<sup>65</sup>;

- taraflar (hasta ile hekim),

---

<sup>61</sup> Hancı, s. 124; Zevkliler, s.149; İpekyüz, s.123 vb.

<sup>62</sup> Karasu, s. 27.

<sup>63</sup> Kıcalıoğlu, s. 178.

<sup>64</sup> Hancı, s. 125; Kıcalıoğlu, s. 181'den 13.HD . 05.04.1993 T., 1993/131 E.- 2741 K.

<sup>65</sup> Er, s. 49; İpekyüz, s. 16, Kıcalıoğlu, s. 82.

- tıbbi müdahale,
- taraflar arasında anlaşma ve
- ücrettir.

Tedavi sözleşmesinin unsurlarının en başında taraflar gelmektedir. Tedavi sözleşmesindeki taraflar hasta ve hekimdir.

Hekim; modern toplum hayatında hukuk düzeni tarafından kendisine tıp mesleği icra etme yetkisi tanınmış kişileri ifade etmektedir.<sup>66</sup> Hekimin, hekimlik sözleşmesinin tarafı olması için tıp mesleğini yürütmeye hukuken yetkili olması gerekmektedir. Bunun için de 11.02.1928 tarih ve 1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ile 23.11.1953 tarih ve 6023 Sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu hükümlerinin belirlediği koşulları taşımalıdır. Hekimlik sıfatının şartları ise;

- Türk vatandaşı olmak,
- tıp fakültesi diplomasına sahip olmak,
- tabip odasına kayıtlı bulunmak,
- hekimlik mesleğinin icrasına engel teşkil edecek bir durumunun bulunmamasıdır.

Hastalar için ise; yalnızca Hasta Hakları Yönetmeliğinde tanımlama getirilmiş olup; bu tanımlamaya göre hasta; sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı olan kimsedir.

Tedavi sözleşmesinin önemli unsurlarından biri olan tıbbi müdahale ise; yetkili kişi tarafından tedavi amacına yönelik olarak yapılmış her türlü faaliyettir. Hekim; burada her türlü anormalliği, hastalığı, eksikliği gidermek, onarmak ve iyileştirmek amacıyla faaliyet gösterir. Bu faaliyetler, en basit teşhis ve tedavi yöntemi olabileceği gibi en ağır cerrahi müdahaleleri de kapsayabilir. Bir müdahalenin tıbbilik vasfını kazanabilmesi için, müdahalenin öncelikle resmi ehliyetli bir kişi tarafından yapılmış olması ve ikinci olarak da müdahalenin doğrudan veya dolaylı olarak tedavi amacına yönelik olması gerekir.<sup>67</sup>

Taraflar arasında anlaşma; yani hasta ile hekim arasındaki anlaşma tedavi sözleşmesinin unsurlarındandır. Tedavi sözleşmesi; klasik sözleşme yapma yönteminden farklıdır. Bu durum sağlık konusunun öneminden ve özelliğinden kaynaklanmaktadır. Sözleşme; icap (önerim) ve kabul (önerinin benimsenmesi)

---

<sup>66</sup> Ayan, s. 5.

<sup>67</sup> İpekyüz, s. 22.



olarak adlandırılan birbirine uygun iki irade açıklaması ile oluşur.<sup>68</sup> Örneğin; hastanın müracaatı ile hekimin muayene ve tedaviye başladığı anda sözleşme yapılmış sayılır. Tedavi sözleşmelerinde diğer sözleşme türlerinden farklı olarak icap ve kabul mekanizmaları da farklılıklar göstermektedir. Çünkü; hekime başvurulması hukuk tekniği açısından sözleşmenin oluşumunda aranan icaptır. Ancak, hekimin açık bir kabul beyanı olmadan, sergilediği tavır da bir anlamda pasif kabul; yani zımni kabuldür. Burada sözü edilen pasif kabul sözleşmenin oluşumuna engel teşkil etmemektedir. Tedavi sözleşmesi açık veya zımni kabul ile kurulmaktadır. Ayrıca; özel hukuk ilişkisi içerisinde hekimin her hastanın teklifini kabul etme zorunluluğu yoktur. Bu durum; Tıbbi Deontoloji Tüzüğünde m. 18'de belirtilmiştir. Bu düzenlemeye göre; " Tabip ve dış tabibi , acil yardım, resmi veya insani vazifenin ifası halleri hariç olmak üzere, mesleki veya şahsi sebeplerle hastaya bakmayı reddedebilir." <sup>69</sup>

Tedavi sözleşmelerinde ücret unsuru da yer almaktadır. Hekimlik sözleşmesi, bir iş görme sözleşmesi olarak vekâlet niteliğinde bir sözleşme olduğu için, vekalet sözleşmesi hükümleri de uygulama alanı bulmaktadır.<sup>70</sup>

Türk Tabipler Birliği Kanunu m.28/II'ye göre; "Ülkemizde kendi nam ve hesaplarına bağımsız olarak çalışan hekimler, gerektiğinde illerin Tabip Odalarıca belirlenen ve Türk Tabipleri Birliği tarafından onaylanan asgari ücret tarifesine göre ücret alırlar. Ancak; aralarında anlaşarak daha yüksek bir ücret kararlaştırabilirler."

Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m.29'da ise; "Hasta, ücret konusunda önceden hekimden bilgi alabilir. Hekim, tüm muayene, tetkik, tıbbi ve cerrahi girişimlerde meslek örgütünün belirlediği taban ücretin altında bir ücret alamaz." şeklinde düzenleme getirilmiştir. Taban ücretin altında ücret alınması, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü ile de engellenmiştir. (TDN, m. 31).

Kamu görevlisi olarak çalışmakta olan hekim dahil tüm sağlık mesleği mensupları, yaptıkları görev karşılığında, statüleri uyarınca kamudan hizmetlerinin karşılığını aylık veya ücret olarak almakta oldukları için, hastalardan ayrıca herhangi bir bedel isteminde bulunamazlar. Böyle bir davranış, başta 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu olmak üzere, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile " Kamu

---

<sup>68</sup> Kılıçoğlu, s. 37.

<sup>69</sup> Er, s. 6.

<sup>70</sup> İpekyüz, s. 46.

Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik" hükümlerine aykırılık oluşturur; dolayısıyla ceza gerektiren bir durum oluşturur.<sup>71</sup>

Tüm bu açıklamalara bakıldığında; tedavi sözleşmesinin oluşabilmesi için; hasta ve hekimin bulunması, bir tıbbi müdahalenin bulunması, tarafların bu konuda anlaşmaları ve ücret unsurlarının olması gerekmektedir. Tedavi sözleşmelerinde; işin sonucunun elde edilememesinden dolayı doktorun sorumlu olması gibi bir unsur ise yer almamaktadır. Çünkü; hekim mesleki gerekliliklerini yerine getirerek iyiniyetle hastasını tedavi etmeye yönelik tıbbi müdahaleler gerçekleştirmişse bu durumda hastalığın tıbbi müdahalelere cevap vermemesi durumunda hekimin sorumluluğuna da gidilemeyecektir.

#### **D. Hekimin Çalışma Alanına Göre Tedavi Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğu**

Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin hukuki niteliğinin belirlenmesinde hekimin mesleğini icra ettiği yerin de önemi bulunmaktadır.

Hekimin tıbbi müdahaleyi özel muayenehanesinde, devlet ya da özel hastanede yapmış olmasına göre oluşacak zararlardan sorumlu tutulmasında, farklı hükümler uygulanacağı için çalışma statülerine göre hekimlerin sorumlulukları da değişim göstermektedir.<sup>72</sup> Buna göre; hekimin çalışma alanına göre tedavi sözleşmesinden doğan sorumluluğunun;

- serbest çalışan hekimlerin tedavi sözleşmesinden sorumluluğu ve
- kamuda çalışan hekimlerin tedavi sözleşmesinden doğan sorumluluğu şeklinde ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir.

#### **1- Serbest Çalışan Hekimlerin Tedavi Sözleşmesinden Sorumluluğu<sup>73</sup>**

Hekimin serbest çalışması, resmi ya da özel bir sağlık kuruluşu ile bağımlılık ilişkisi olmadan, hekime ait işyerinde mesleğini yasalara uygun olarak yerine getirmesidir. Hekim, mesleğini serbest olarak kendi adına olan işyerinde yapabileceği gibi, bir işverene bağlı olarak da yapabilir.

---

<sup>71</sup> Er, s. 59.

<sup>72</sup> Kıcalıoğlu, s. 283.

<sup>73</sup> Dedeoğlu, s. 28; Kıcalıoğlu, s. 284; Ayan, s.44.

Serbest çalışan hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin kaynağını genel olarak, tıbbi teşhis ve tedavi amacına yönelik, kendine özgü bir vekalet ilişkisi niteliğindeki teşhis ve tedavi sözleşmesi denilen borç ilişkisi oluşturmaktadır. Bu sözleşme ile; hekim hastanın ödeyeceği belli bir ücret karşılığında, hastaya teşhis koymayı, en uygun ve güvenilir tedavi yöntemini seçip uygulamayı kabul etmiş olmaktadır. Hekim; kurulan bu sözleşme ile hastanın kişilik haklarından olan vücut bütünlüğü ve yaşam hakları üzerinde tıbbi müdahalede bulunabilir. Tıbbi müdahale ile hastanın acısının azaltılması amaçlanır. Bu amaç için, hekim meslek etiklerine ve kurallarına bağlı olarak elinden gelen tüm çabayı sarf etmekle yükümlüdür. Ancak; hekimin hastaya hastalıkla ilgili istenilen sonuca gelineceği hakkında garanti vermesi söz konusu olamaz.

Hekim ile hasta arasındaki tedavi sözleşmesi nedeniyle; hekim bu sözleşmeden doğan tüm sorumluluğunu yerine getirmekle yükümlüdür. Sözleşmenin ihlali durumunda hekim sorumlu olur.

Hekim ile hasta arasında kurulan tedavi sözleşmesinin ihlali durumunda hekim sorumlu olacağı gibi, hekimin yaptığı tıbbi müdahale nedeniyle ortaya çıkması muhtemel kusurdan dolayı da sorumluluğu olacaktır. Eğer; hekim tıbbi müdahaleyi uygularken hasta ile arasındaki sözleşmeyi ihlal eder, aynı zamanda yaptığı tıbbi müdahale kusuru da ortaya çıkarırsa; hekimin sözleşme ve sözleşme dışı sorumluluğu yarışır hale gelir.<sup>74</sup>

Sorumlulukların yarışması durumunda; aynı olay, sözleşmeden doğan ve sözleşme dışı sorumluluk koşullarına uygun düşer aynı zamanda aynı zararı birden çok kişi gidermek zorunda kalır. Her ikisi de aynı sonucu meydana getirmeye yönelik ve özgü olmasında, iki hakkın yarışmasından söz edilir. Hakların yarışması; alacaklının, borçluya karşı aynı konuda belli bir sonucu sağlamak amacıyla değişik hukuksal nedenlere dayanarak istemde bulunmasına denir. Yarışan haklar birbirinden bağımsız olup, yarışan haklardan birinin kullanılması ile istem konusu elde edilmiş, böylece amaca ulaşılmış olur ve öteki ortadan kalkar.

Sözleşme ve haksız fiilden doğan sorumlulukların yarışmasında; zararı meydana getiren eylem ya da olay gerek sözleşme gerekse haksız fiil sorumluluğunun koşullarını gerçekleştirebilir. Bu durum en çok hekimin sözleşme ve haksız fiil sorumluluğunda ortaya çıkar. Örneğin; bir hekimin mesleki kusur nedeniyle hastasını

---

<sup>74</sup> Ayan, s.45.

sakat bırakmış olması durumunda sözleşme ve haksız fiilden doğan sorumluluk yarışmaktadır. Sözleşmeden doğan bu sorumluluk ile haksız eylem sorumluluğunun yarıştığı durumlarda zarar gören; dilerse sözleşmeye dilerse de haksız eyleme dayanabilir. Ancak, sözleşmeye ya da haksız fiile dayanarak zararın giderilmesi istemi yerine getirilmişse ve amaca ulaşılmışsa öteki ortadan kalkar.<sup>75</sup>

Hekimlerin sorumluluğunda; sözleşme ve haksız fiil nedenlerinin yarışması halinde; hastanın seçimine bağlı olarak talebini, sözleşme sorumluluğuna dayandırması mümkündür. Eğer; hasta sözleşmeye dayanırsa; sözleşmenin varlığını, sözleşmeye aykırılığı, zarar ile sözleşme arasındaki illiyet bağıını ispat edecektir. Eğer zarara uğrayan haksız fiile dayanıyorsa; zararı, hukuka aykırılığı, zarar ile haksız fiil arasındaki illiyet bağıını, hekimin kusurunu ispatlayacaktır.<sup>76</sup>

Doktrindeki genel görüşe göre; hekim ile hasta arasında önceden kurulmuş bir sözleşme<sup>77</sup> ilişkisi yoksa sorumluluğun dayanağını haksız fiil oluşturur. İkisi birlikte ortaya çıkarsa böyle bir durumda zarar gören hasta ikisine de başvurabilir ve hasta, bu sorumluluklardan birine dayanarak tazminat isteminde bulunabilir.

Hekimin sorumluluğunda; sözleşme sorumluluğu ve haksız fiil sorumluluğunun yarışmasında günümüzde dikkat edilmesi gereken; TBK'da düzenlenen 60. maddedir. TBK m.60; bir kişinin sorumluluğunun birden çok nedene dayandırılabilmesi halinde; hakimin, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkanı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar vermesidir. Bu maddeyle getirilen yenilikle birlikte; hekimin sorumluluklarının yarışmasında; hasta aksini istemedikçe; zarar görene en iyi giderim imkanı sağlayacak sorumluluk sebebine göre karar verilecektir. Bu düzenlemeyle birlikte; hastaların haklarının daha iyi korunması sağlanmış olup, doktrindeki görüş ve uygulamalardaki farklılıkların önüne geçilmesi sağlanmıştır. Hastanın hekimin tıbbi müdahalesi nedeniyle uğradığı bir zararda zararın giderilmesini en çok kolaylaştıracak sorumluluk sebebine göre karar verilir böylece hasta zararının giderilmesi daha da kolaylaşmış olur. Böyle bir durumla karşı karşıya kalındığı takdirde; hasta yararına olan düzenlemenin hangisi olabileceği sorusu akla

---

<sup>75</sup> Karahasan, s. 69, 70, 71; Karacabey, Ömer. Hakların Yarışması, Ankara Barosu Dergisi, Ankara 1980, s. 677.

<sup>76</sup> İpekyüz, s. 126.

<sup>77</sup> Kıcalıoğlu, s. 417.

gelmektedir. Haksız fiil ile sözleşmeye aykırılığa dayanan sorumluluk arasında hüküm ve neticeler bakımından bir takım farklılıklar ortaya çıkmaktadır. Hekim, sorumluluğu haksız fiile dayanırsa, hekimin yanında çalışan asistan, hemşire gibi yardımcılarının fiillerinden ortaya çıkan zararı, kendisine de yükletilebilecektir. Çünkü; hekim burada adam çalıştırmanın sorumluluğuna haizdir. TBK m.66'daki düzenlemeyle; adam çalıştırmanın sorumluluğunun kusursuz bir sorumluluk olduğu; adam çalıştırmanın, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat etmedikçe kurtulamayacaktır. Ancak; bu düzenlemeyle; hastanın hekimin haksız fiil sorumluluğuna dayandığı durumlarda; hekim gerekli özeni gösterdiğini ispatla sorumluluktan kurtulabilecektir. Sözleşmeye dayanılarak zararın giderilmesinin istendiği durumda ise; hekim; TBK m. 116'daki yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk dolayısıyla; yardımcılarının işi yürüttükleri sırada hastaya verdikleri zarardan sorumlu tutulmuşlardır. Ayrıca; hekimlerin sorumluluğu, uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek ve ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebildiği için hekimin, yardımcılarının fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma da olsa bu anlaşma hükümsüzdür. Sorumluluğun sözleşmeye dayanması halinde Sözleşme sorumluluğunda prensip, hekimin sözleşmeye dayalı olarak kendisinden beklenen dikkat ve özeni göstermemesi söz konusudur. Oysa haksız fiildeki ölçüt; hekimin kusurlu olduğudur. Kusurun neye göre tayin edileceği kavramı açıklık getirmemekle birlikte; hekimin kusurluluğunun ispatı zorluk taşımaktadır. Haksız fiile dayanılarak hekim aleyhine açılan davada kusurun ispatı kural olarak sorumluluğu iddia eden hastaya düşer. Bunun aksine hasta, sorumluluğu sözleşmeye dayandırırorsa, hekim iddia olunan zararın ortaya çıkmasında kendisinin kusuru olmadığını ispata mecburdur. Haksız fiile dayanılarak açılan davada tazminat istemindeki zamanaşımı (TBK m. 72); zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her halde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Hastanın hekim ile arasındaki tedavi sözleşmesine dayanarak ortaya çıkan zararın tazminini istemesinde ise; on yıllık zamanaşımına tabi olunacaktır. TBK m. 114'te; haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık durumlarında da uygulanacağı düzenlemesi de; sözleşmeye dayanılması durumunda haksız fiilin hükümlerinden yararlanılabileceğini akla getirmektedir. Tüm bu

açıklamalara göre; kanaatimce hekimin haksız fiil sorumluluğu ve sözleşmeye dayalı sorumluluğunun yarışması durumunda; ispat kolaylığı, zamanaşımı, yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı hekim sorumluluğunun devam etmesi nedenleri ile; sözleşmeye dayanılarak hasta zararının giderilmesi hastanın lehine olur.

## **2. Kamuda Çalışan Hekimlerin Tedavi Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğu**

Kamuya ait hastaneler; yurttaşlara bir kamu hizmeti olan sağlık hizmetlerinin verilmesi amacıyla kurulmuş ve devlet idaresi içerisinde yer alan kuruluşlardır. Kamu hastanelerinde icra edilen tıbbi müdahaleler kamu hizmeti kapsamında bulunur. Kamu hastanesinde çalışan hekim ile hasta arasında kamusal nitelikte bir ilişki bulunduğundan, özel hukuk anlamında sözleşme ilişkisi burada yoktur.<sup>78</sup>

Kamu hastanesinde çalışan hekimin gerçekleştirdiği müdahaleden dolayı hastaya karşı direk hekim değil öncelikle kamu idareleri sorumlu olur. İdarenin sorumluluğunun doğabilmesi için; hukuka aykırılık olması, kusurun, zararın ve illiyet bağının olması gerekir. Kamu hastanelerinde çalışan hekimin de tıpkı serbest faaliyet gösteren hekim gibi hekimleri ilgilendiren bütün mevzuatlara uyması, bununla birlikte kamu personelinin uymakla yükümlü olduğu idari kurallara da uyması gereklidir. Kamu hastanelerine müracaat eden hastaların, hastaneye kabul edilip, tıp bilimi ve uygulamalarına göre teşhis ve tedavilerinin gerçekleştirilmesi gerekir.<sup>79</sup>

İdarenin hizmet kusuru ile kamu personelinin kişisel kusurunun birbirinden ayrılması gerekir. Hizmet kusurunda; kamu personelinin hizmetle ilgili kusurlu tutum ve davranışları söz konusu iken, kişisel kusurda hizmetle ilgili olmayan tutum ve davranışları söz konusudur. Kamu hastanelerindeki hizmet kusuru nedeniyle hastanın zarar görmesi halinde sadece idare sorumlu tutulabilir. İdarenin hizmet kusuru; sağlık hizmetinin hiç verilmemesi, geç verilmesi, kötü verilmesi ya da hizmetin kuruluşu, işleyişi, çalışan personelin gözetim ve denetimi görevlerinin yerine getirilmemesi durumlarında söz konusu olur. Bu nedenlerle; kamu hastanelerindeki sağlık hizmetlerinde ortaya çıkan tıbbi sorumluluklarda; idare hukuku kurallarına tabi olarak, idare sorumlu olacaktır. Kamu hastanelerinde çalışan hekimlerin kişisel kusuru varsa; bu durumda doğrudan kişi sorumlu

---

<sup>78</sup> Sarıtaş, s. 126.

<sup>79</sup> Sarıtaş, s. 128; Kıcalıoğlu, s. 292.

tutulabilecektir.<sup>80</sup> Ancak; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararının<sup>81</sup> sonuç kısmında; " Kamu görevlisinin hizmet içinde veya hizmetle ilgili davranışının suç oluşturması ya da hizmet yürütürken ağır kusur işlemesi vb. kötü niyetle bir kişiye zarar vermesi halinde dahi bu durum, aynı zamanda idarenin eleman seçme yükümlülüğünü yerine getirmemesinden kaynaklı hizmet kusuru olup, açılacak dava idareye yöneltilmelidir" denilmiştir. Bu karara göre; Yargıtay daha önceki kararlarından vazgeçmiş bulunmaktadır. Bu karar nedeniyle; kamu hastanelerinde görev yapan hekimlere karşı artık doğrudan doğruya tazminat davası açılmayacaktır.

Anayasa m. 129/5 gereğince; "Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir." hükmüne bağlı olarak hekimin hastaya verdiği zararda ayrıca bir kişisel kusurunun bulunması halinde zarar gören hasta idareye karşı dava açabilecek; ancak idare kusuru olan hekime bu zararı rücu edebilecektir.

## **E. Hastanelerin Tedavi Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğu**

Hastanelerin tedavi sözleşmesinden doğan sorumluluklarının belirlenebilmesinde; hastanelerin özel hastane mi kamu hastanesi mi olduğu önem taşımaktadır. Hasta ile hastane arasındaki hukuki ilişki hastanelerin niteliğine göre farklılık göstermektedir. Bu nedenle hastanelerin tedavi sözleşmesinden doğan sorumluluğu incelenirken; kamu hastanelerinin ve özel hastanelerinin tedavi sözleşmesinden doğan sorumluluklarının ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir.

### **1. Özel Hastanelerin Tedavi Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğu**

Özel hastaneler; devletin işlettiği hastanelerin dışında kalan hastanelerdir.<sup>82</sup>

Hasta ile özel hastane arasındaki işleticisi arasındaki ilişki bir sözleşme ilişkisidir.<sup>83</sup> Bu sözleşmeye " hastaneye kabul sözleşmesi" adı verilmektedir.<sup>84</sup>

---

<sup>80</sup> Sarıtaş, s. 129; Kıcalıoğlu, s. 293, 302.

<sup>81</sup> 2011/4- 592 E. 2012/25 K.

<sup>82</sup> Ateş, Turan. Hekimlerin Cezai ve Hukuki Sorumlulukları, Nobel Tıp Kitabevi, İstanbul 2007, s.199.

<sup>83</sup> Özgül S. 77'den Uhlenbruck, Wilhelm. Der Krankenhausaufnahmevertrag, Köln, 1960, s.10; Ayan, s.46.

Hastaneye kabul sözleşmesinin tarafları hasta ile hastanedir. Hastaneye kabul sözleşmesi, hukuki yönden karma bir sözleşme özelliği göstermekte olup; vekalet, satış ve kira sözleşmelerinin unsurlarını da kapsamaktadır. Hastaneye kabul sözleşmesindeki temel amaç; hastanın tedavisini gerçekleştirmektir. Hastanın tedavisi gerçekleştirilirken; hekim için öngörülmüş olan hastayı aydınlatma, hastadan onam alma, sadakat ve özen gösterme, kayıtların tutulması, sır saklama gibi yükümlülükler hastane yönetimi için de aynen geçerli olmaktadır. Ayrıca; hastanenin bu yükümlülüklerine ilaveten hastayı yatırma, barındırma, yedirip içirme, hastanın eşyalarını koruma altına alma gibi yükümlülükleri de bulunmaktadır.<sup>85</sup>

Hasta ile hastane arasındaki ilişki; hastanın hastaneye başvurması ve hastane tarafından bu başvurunun kabul edilmesiyle başlar. Kurulan hukuki sözleşmenin hukuki niteliği; vekalet sözleşmesidir.<sup>86</sup>

Yargıtay tarafından verilen kararda<sup>87</sup> da; özetle; taraflar arasındaki uyuşmazlığın tedavi ücretinin ödenmemesinden kaynaklandığı, davacı hastanenin özel hukuk tüzel kişisi olduğu, aralarındaki ilişkinin de vekalet sözleşmesine dayandığı belirtilmiştir.

Özel hastanelerde hekim ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi kurulmadığı için hekimin sözleşmeden doğan sorumluluğundan bahsedilemez. Çünkü, sözleşme hasta ile hastane işleticisi arasında kurulmuş olur.Özel hastanede çalışan hekim ve diğer sağlık personeli ile hastane işleticisi arasında ise adam çalıştıran ilişkisi ortaya çıkmaktadır.

Hekim ve özel hastanede çalışan diğer sağlık personelleri, hastane işleticisi adına vekâleten iş görürler. Bu nedenle; çalıştırılan kişilerin kusurlu eylemlerinden hastane işleticisi sorumlu olur. Hastane işleticisinin hekimin kusurlu eylemlerinden doğan sorumluluğu, hekimi seçmede ve göreviyle ilgili talimat vermede gerekli özeni gösteremediği varsayımına dayanmaktadır.<sup>88</sup>

Yargıtay kararı<sup>89</sup> ile; özel hastane işleteninin, öncelikle tacir sıfatıyla basiretli bir tacir gibi davranması gerekliliğinin yanında, yaptığı hizmetin yaşama hakkını

---

<sup>84</sup> Ateş, s.199; Savaş, s.299.

<sup>85</sup> Kıcalıoğlu, s. 91.

<sup>86</sup> Özgül, s.77.

<sup>87</sup> 13.HD.'nin 26.3.1991 tarihli 196 E. 3595 K.

<sup>88</sup> Kıcalıoğlu, s. 92; Özgül, s.77.

<sup>89</sup> 13.HD.'nin 26.3.1991 tarih, 196 E. ve 3595 K.



yakından ilgilendiren kamusal nitelik taşıyan sağlık hizmeti olması nedeniyle de, gerekli her türlü dikkat ve özeni göstermek durumunda olduğu, bu özenin başta hekim ve diğer yardımcı personeli seçme ve denetleme açısından yüksek oranda gösterilmesi gerekliliği, diğer şartların hazırlanmasında da aynı ilkenin unutulmaması gerektiği belirtilmiştir.

Önemle belirtmek gerekmektedir ki; hastaneye kabul sözleşmesinde hastanın muhatabı, hekim değil; hastanedir. Dolayısıyla; sözleşmeye aykırılık halinde dava; hastaneye karşı açılacaktır.<sup>90</sup>

Özel hastaneler ile hastalar arasında kurulan hasta kabul sözleşmesine göre; hastane de pek çok yükümlülük altına girmektedir. Bu yükümlülüklerin başlıcaları;

- teşhis ve tedavi,
- hastane bakımının sağlanması,
- hastanın aydınlatılmasıdır.

Hekim ile hasta arasında önem taşıyan hukuki sözleşmenin en önemli amacı; teşhis ve tedavi olduğu gibi; özel hastaneler ile hastalar arasında kurulan sözleşmenin de temel amacı hastanın hastalığının teşhis edilebilmesi ve gerekli tıbbi müdahalenin yapılarak hastanın tedavi edilmesidir. Hastane işleticisi de bu yükümlülüğünü çalıştırdığı hekimler ve diğer yardımcı personelleriyle yerine getirir. Hekimler; bu durumda hastane işleticisi adına ve hesabına hastanın teşhisini koyar ve tedavisini yerine getirirler.

Hastaneye kabul sözleşmesi nedeniyle hastanenin yükümlülükleri arasında bir diğeri de; hastane bakımının sağlanmasıdır. Bu yükümlülüğe göre; hastane; hastanın yeme-içme, yatma, hastane bakımı ile hastanenin organizasyon ve işleyişiyle hizmetlerini kapsayan gerekli diğer hizmetleri yerine getirmekle yükümlüdür. Hastane bakımına; tıbbi müdahaleden önce, tıbbi müdahale sırasında ve tıbbi müdahaleden sonra gerek duyulan tüm hastane hizmetleri dahildir. Hastane bakımı içerisinde yer alan hizmetleri ayrı ayrı sayma olanağı bulunmamakla birlikte, hastanın sağlık durumu, hastalığın türü ve ağırlığına göre dürüstlük ilkesinin (TMK m.2) gerekli gördüğü tüm önlemlerin alınması gerekmektedir.<sup>91</sup>

---

<sup>90</sup> Polat, Oğuz. Tıbbi Uygulama Hataları (Klinik- Sosyal- Hukuksal- Etik Boyutları), Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s. 275.

<sup>91</sup> Kıcalıoğlu, s, 95.

Hastane, hasta bakımının sağlanması ve gerekli diğer yükümlülüklerini yerine getirmediği takdirde TBK m.112 (BK m.96); " borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiç bir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür." hükmü gereğince; zararı tazmin etmekle yükümlü olacaktır.

Özel hastanede çalışan hekim ve diğer sağlık personelleri hastanenin yükümlülüğünü yerine getiren kişiler olarak; hukuksal açıdan hastane işleticisinin ifa yardımcısı statüsündedir. Hastane, hasta kabul sözleşmesi ile birlikte; hastanın hastalığını teşhis etme ve hastayı tedavi etme ile buna bağlı olarak diğer yükümlülüklerini yerine getirirken hekimlerden ve diğer sağlık personellerinden yardım almakta; dolayısıyla onların fiillerinden de sorumluluğu doğmaktadır. Çünkü, hasta kabul sözleşmesindeki hukuki ilişki hasta ile hekim arasında değil; hastane ile hasta arasında ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle tüm yükümlülükleri yerine getirmekle mükellef olan; hastanedir. Bu nedenle, hastane; çalıştırdığı hekimler ve diğer sağlık personellerinin hastaya verdiği zararlardan dolayı da sorumlu olacaktır. Hastanenin söz konusu sorumluluğu; TBK m.116 (BK m.100)'daki düzenlemeye dayanmaktadır. Bu düzenlemeye göre; "borçlu borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılara kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür. Yardımcı kişilerin fiillerinden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir. Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür." Bu düzenlemeye göre; hastane kabul sözleşmesine göre; hastaneye bağlı olarak çalışan hekim ve diğer sağlık personelleri ifa yardımcısı olup; işi yürüttükleri sırada; yani tıbbi müdahale, teşhis ve tedavi, hasta aydınlatılması gibi aşamalarda hastaya verdikleri zarar nedeniyle hastane sorumlu olacaktır.

Hasta kabul sözleşmesi ile ortaya çıkan bir diğer yükümlülük de; hastanın aydınlatılmasıdır. Hasta haklarının önem kazanmaya başlamasıyla birlikte ortaya çıkmış olan; aydınlatılmış onam tıbbi müdahalelerde ve sorumluluklarda büyük önem taşımaktadır.

Hastanın aydınlatılması, konulan tanının ayrıntılı bir şekilde anlatılması, tanıya göre yapılması gereken tedavi yönteminin ve başarı şansının ne olacağı, niçin bu tedavi yönteminin seçildiği, nasıl riskler taşıdığı, önerilen tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek sonuçların neler olabileceği ve başka bir tedavinin seçilip seçilemeyeceği konularında hastaya gerekli tüm bilgilerin anlatılmasıyla olmaktadır. Bu durum; Hasta Hakları Yönetmeliği 15. ve 31. maddelerinde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Ayrıca; Türk Tabipler Birliği (TTB) tarafından yayımlanan "Meslek Etiği Kuralları"nın 26.maddesinde aydınlatma kavramının açıklamasına yer verilmiştir.<sup>92</sup>

Tüm düzenlemeler ve açıklamalar nezdinde; özel hastaneler sayılan tüm yükümlülükleri yerine getirmekle mükellef olup; yerine getirmediği takdirde; hastanın uğradığı zararları karşılamakla yükümlü olacaktır.

## **2. Kamu Hastanelerinin Tedavi Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğu**

Kamu hastaneleri; Anayasanın 5. maddesinde belirtilen "sosyal hukuk devleti olması" ve 56.maddedeki " devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi arttırarak işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler." hükümleri gereğince, vatandaşa sağlık hizmeti sunmak için devlet tarafından kurulmuş sağlık birimleri olup; sadece kamu hizmeti verilmesi değil, kamu tüzel kişisi tarafından kurulması da önem taşımaktadır.<sup>93</sup>

Devlete ait hastaneler (Sağlık Bakanlığı, Üniversiteler ve Belediyelere ait olan) kamu hukuku kurallarına tabidir. Dolayısıyla; kamu hastanelerinde çalışan hekimler de kamu personeli statüsünde olduklarından, hekim ve diğer hastane çalışanları ile hasta arasında özel hukuk ilişkisi anlamında bir ilişkiden söz edilememektedir.<sup>94</sup>

Kamu hastanelerinde yapılan tıbbi müdahalelerde hasta ile hastane veya sağlık personeli arasında sözleşme ilişkisi değil; kamu hukuku ilişkisi doğmakta olup; uyumsuzluk halinde de idare hukuku kurallarına başvurulur.<sup>95</sup>

---

<sup>92</sup> Kıcalıoğlu, s.98.

<sup>93</sup> Ayan, s.5.

<sup>94</sup> Kıcalıoğlu, s. 93.

<sup>95</sup> Ayan, s.172 vd.; Şenocak, s.30.

Anayasa m. 129/5'e göre; " Memurlar ve diğerk kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlarından doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak ancak idare aleyhine açılabilir." Yine Anayasa m. 40/3'e göre; " Kişinin resmi görevliler tarafından haksız işlemler sonucunda uğradığı zarar da kanuna göre devletçe tazmin edilir. Devletin, sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır." Bu düzenlemelere göre; kamu hastanelerinde çalışan hekimler de kamu görevlisi olup; yaptıkları kusurlu tıbbi müdahaleden kaynaklanan sorumluluklarında hasta öncelikle devlete başvurmakla yükümlü olup; doğrudan hekime karşı dava yoluna başvuramaz.

İdarenin hizmet kusuru ile kamu personelinin kişisel kusurunun birbirinden ayrılması gerekir. Hizmet kusurunda; kamu personelinin hizmetle ilgili kusurlu tutum ve davranışları söz konusu iken, kişisel kusurda hizmetle ilgili olmayan tutum ve davranışları söz konusudur. Kamu hastanelerindeki hizmet kusuru nedeniyle hastanın zarar görmesi halinde sadece idare sorumlu tutulabilir. İdarenin hizmet kusuru; sağlık hizmetinin hiç verilmemesi, geç verilmesi, kötü verilmesi ya da hizmetin kuruluşu, işleyişi, çalışan personelin gözetim ve denetimi görevlerinin yerine getirilmemesi durumlarında söz konusu olur. Bu nedenlerle; kamu hastanelerindeki sağlık hizmetlerinde ortaya çıkan tıbbi sorumluluklarda; idare hukuku kurallarına tabi olarak, idare sorumlu olacaktır. Kamu hastanelerinde çalışan hekimlerin kişisel kusuru varsa; bu durumda doğrudan kişi sorumlu tutulabilecektir.<sup>96</sup> Ancak; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararının<sup>97</sup> sonuç kısmında; " Kamu görevlisinin hizmet içinde veya hizmetle ilgili davranışının suç oluşturması ya da hizmet yürütürken ağır kusur işlemesi vb. kötü niyetle bir kişiye zarar vermesi halinde dahi bu durum, aynı zamanda idarenin eleman seçme yükümlülüğünü yerine getirmemesinden kaynaklı hizmet kusuru olup, açılacak dava idareye yöneltilmelidir" denilmiştir. Bu karara göre; Yargıtay daha önceki kararlarından vazgeçmiş bulunmaktadır. Bu karar nedeniyle; kamu hastanelerinde görev yapan hekimlere karşı artık doğrudan doğruya tazminat davası açılmayacaktır. Bu karar; Anayasa hükümlerine uygunluk açısından da önem teşkil etmekle birlikte; uygulamadaki pek çok karışıklığın önüne geçmiştir.

---

<sup>96</sup> Sarıtaş, s. 129; Kıcalıoğlu, s. 293, 302.

<sup>97</sup> 2011/4- 592 E. 2012/25 K.

## **F. Hekimin Tedavi Sözleşmesinden Doğan Yükümlülükleri**

Hekim ile hasta arasındaki ilişki tedavi sözleşmesine dayanmaktadır. Yapılan tedavi sözleşmesi ile taraflardan hekimler de hastalar da sözleşme nedeniyle ortaya çıkan yükümlülükleri yerine getirmekle mükelleftirler.

Hasta; hukuki açıdan sözleşmenin müvekkil tarafı olup; borçları ile vekalet sözleşmesindeki müvekkilin borçları, hekimlik sözleşmesinin özelliğinden kaynaklanan borçlar dışında çok benzerlik göstermektedir.<sup>98</sup>

Genel olarak hastanın borçları;

- ücret ödeme borcu,
- doğru bilgi verme borcu,
- işbirliği borcu,
- tedavi ile ilgili ve gerekli belgeleri verme borcu,
- hekim tarafından verilen talimatlara uyma borcu,
- teşhise yönelik incelemelere uyma borcu,
- teşhis ve tedaviye yönelik inceleme ve uygulamalara katlanma borcu olarak belirtilebilir.<sup>99</sup>

Hekim, aksine bir anlaşma olmadıkça ya da durumlar başka bir olayı gerektirmedikçe yükümlülüğünü şahsen ve kendisinden beklenen dikkat ve özenle yerine getirmelidir. Ayrıca; tedavi sözleşmesi güven esasına dayandığından; hasta da başvurusu sırasında hekimin kişisel ve mesleki becerilerini gözeterek tercih yaptığından; hekim tıbbi tedavinin yapılmasını bir başka hekime havale edemez.<sup>100</sup>

Günümüzde hekimlerin ve diğer sağlık görevlilerinin, hastaya tıbbi müdahalede ya da gerekli yükümlülüklerin yerine getirilmemesi nedeniyle ortaya çıkan olumsuz sonuçlarda; cezai sorumlulukları yanında ayrıca hukuki sorumlulukları da bulunmaktadır.<sup>101</sup> Hekim ile hasta arasında kurulan tedavi sözleşmesi nedeniyle de hekimin tedavi sözleşmesinden doğan bir takım yükümlülükleri bulunmaktadır. Bunlar;

- teşhis koyma,
- tedavi yöntemlerini seçme ve uygulama,

---

<sup>98</sup> Savaş, s. 85.

<sup>99</sup> İpekyüz, s. 151 vd.

<sup>100</sup> Kıcalıoğlu, s. 63.

<sup>101</sup> Ateş, s. 163.

- tedaviyi bizzat yapma,
- hastayı aydınlatma,
- hasta rızası (Aydınlatılmış onam) ile
- sadakat ve özen yükümlülükleridir.

Hekimin tedavi sözleşmesi nedeniyle sorumluluğunun doğmaması için; hekim, tüm bu yükümlülüklere uygun hareket etmekle mükelleftir. Aksi takdirde; hekimin sözleşmenin gerekli yükümlülüklerini yerine getirmediği iddiasıyla hukuki sorumluluğuna gidilebilecek; hekim borcunu gereği gibi ifa etmemiş sayılacaktır.

### **1. Teşhis Koyma Yükümlülüğü**

Hekim tarafından muayene ve tetkikleri tamamlanan hastanın hastalığının belirlenmesine " teşhis" denilmektedir. Nispi bir karardır.<sup>102</sup>

Hekim, hastalığı belirlemek için tıbbi işlemler yapar. Yapılan tüm tıbbi işlemler sonucunda; mesleki becerisi, muhakeme becerisi ve de sezgisel becerisi ile bir karara vararak hastalığın teşhisini koyar. Ancak; bazı hastalıklarda teşhis koymak mümkün olamadığı gibi; hekim tarafından tüm dikkat ve özenin gösterilerek gerekli ön incelemelerin yapılmasına karşın teşhis koyulamaması ya da yanlış teşhislere yol açan durumların ortaya çıkması da mümkün olmaktadır. Bu durumlarda da; gerekli dikkat, özen ve mesleki becerisini kullanarak karar vermiş olan hekimin sorumlu tutulması ve teşhis koyma yükümlülüğünü ihlal ettiği düşüncesi yanlıştır. Aksinin düşünüldüğü durumlarda; hekimin tıbbi müdahalelerde bulunmasının önüne geçilmiş olunacak, hekim tedavi için gerekli müdahaleleri özen yükümlülüğüne aykırı olabileceği düşüncesiyle uygulayamamaya başlayacaktır. Böyle bir durumda; tıbbi bilimler konusunda ortaya çıkabilecek yeni gelişmeler, deneyler, testler vb. gerçekleştirilemeyecek ve tıptaki gelişim ve ilerlemelere ayak uydurulamayacaktır.

Hekimin teşhis koyma konusunda gerekli dikkat ve özeni göstermiş ve mesleki becerisini de kullanmış olmasına karşın doğru ve kesin teşhis konulamadığı hallerde; eksik araştırma ve nitelendirme kusuru ele alınabilmektedir.<sup>103</sup>

Hekim, hastalığa teşhis koyarken tüm yöntem ve tıbbi araçları kullanmalı, hastayı dinlemeli, hastanın fiziki muayenesini yapmalı, tetkik ve filmlerini incelemeli; şüpheli durumlarda tetkiklerini yenilemeli; gerektiğinde uzmanlık

<sup>102</sup> Günday, s. 22'den Hakeri, H. Tıp Hukuku ,Ankara 2007, s.207.

<sup>103</sup> Ateş, s. 176.

dallarındaki diğer hekimlerden konsültasyonlar istemelidir. Tüm bunların yapılmaması durumunda; eksik araştırma nedeniyle hekimin teşhis koyma yükümlülüğünü ihlal ettiği kabul edilecektir.<sup>104</sup> Ancak; hekim tüm bu görevlerini yerine getirmiş olup; konsültasyon istediği uzman hekim tarafından verilen karara bağlı olarak teşhis koyması durumunda; konulan teşhisin hatasından kendisi değil; hastalığı danışmış olduğu uzman hekimin sorumluluğuna gidilecektir.

## **2. Tedavi Yöntemlerini Seçme ve Uygulama Yükümlülüğü**

Hekim; tıp mesleğini yerine getirirken hiç bir baskı ve etki altında kalmadan, mesleki becerisi, gerekli dikkat ve özeni ile karar verir.

Hekim, hastasının hastalığının teşhisini koyduktan sonra gerekli tıbbi yöntemlerini seçerken; hastasını risk altına sokmamakla yükümlüdür. Hekim; hastasının haklarını korumak; ayrıca hastasına zarar vermemek kaydıyla mesleki becerisinin elverdiği her tedavi yöntemini seçmek ve gerekli dikkatle, özeni göstererek bu tedavi yöntemini uygulamakla yükümlü olup; bu konuda kimseden emir ve talimat almaz.

## **3. Tedaviyi Bizzat Yapma Yükümlülüğü**

Tedavi; hekim tarafından vücutta henüz başlamamış ancak olması muhtemel hasarı önleme ya da olan hasarı iyileştirme veya tekrarlanmamasını sağlamaktır. Tedavide; kendisi direkt hastalık olarak tanımlanmasa da hastalıkla birlikte gelişen; ağrı, kusma gibi asıl tedavinin bitmesi ile birlikte sonlanacak olan ancak sonlanıncaya kadar hastayı rahatlatmaya yönelik çabalar da tedavi olarak nitelendirilmektedir.<sup>105</sup>

Hukuki niteliği vekalet sözleşmesiyle aynı olan tedavi sözleşmesinde de; vekalet sözleşmesinde önem arz eden güven ilişkisi mevcuttur. Dolayısıyla; hasta ve hekim arasında güvene dayalı bir hukuki ilişki söz konusu olup; kural olarak vekalet sözleşmelerinde vekilin işi bizzat yapma borcu; tedavi sözleşmesinde de hekimi tedavi sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini bizzat yapma borcu altına sokmaktadır. Ancak; tıbbi müdahalelerde hekimin tek başına bu sorumluluğu her zaman yerine getirmesi söz konusu değildir. Bu nedenle; hekimin; hastalığı ya da

---

<sup>104</sup> Kıcalıoğlu, s. 64; Ateş; s. 176.

<sup>105</sup> Günday, s. 23.

tanımı ya da tedaviyi diğerk hekimlere danışması, yardımcı sağlık personellerinden yardım alması gibi durumlarda hekimin bu yuikuimluluğu ihlal ettiğini duşunmek yanlıştır.

Hekim; hastayı teşhis ve tedavi etme borcunu sוזleřme ile başka bir hekime bırakabilir.Hekim ile hasta arasındaki sוזleřme sূrerken; alt vekalet sוזleřmesi ile hekimin hasta adına diğerk hekimle yaptığı sוזleřme ile teşhis ve tedavi yuikuimluluğu ikinci hekime bırakılmaktadır. Sוז konusu durumda; hasta ile ikinci hekim arasında da sוזleřme kurulmuş olur ve asıl hekimin sorumluluğu da devam eder.<sup>106</sup>

Hekimin; vekalet hukuimlerinde olduğu gibi işi bizzat yapma borcu; TBK m.506 (BK m.390) 'daki şahsen ifa, sadakat ve ozen goşterme başlığı altındaki duşenlemeden kaynaklanmaktadır. Duşenlemeye goşe; " Vekil, vekalet borcunu bizzat ifa etmekle yuikuimludur. Ancak; vekile yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da teamuulun muimkuin kıldığı hallerde vekil, işi başkasına yaptırabilir." Bu hukuim; hekimin de tedaviyi bizzat yapma yuikuimluluğuunun ve durumun zorunlu kıldığı ya da muimkuin olan durumlarda tedaviyi başka bir hekime yaptırabileceğinin kaynağını oluşturmaktadır. Ancak; boyle bir durumun oluşabilmesi iwin; tıbbi gerekliliklerin bu koşula elverişli olması gerekmektedir. Wuinku; hasta ile hekim arasındaki ilişkide; hastanın yaşam hakkı sוז konusu olup; hastanın sağlıklı bir şekilde yaşam hakkını devam ettirebilmesi ve yaşam hakkının olumsuz etkilenmemesi iwin boyle bir duruma başvurulabilinir. Eğer; hastanın guven ilişkisine dayalı olarak sewuğtiği bir hekim, bizzat tedavi yapma yuikuimluluğuunden kawuim iwin tedaviyi başka bir hekime yaptırırsa; başka bir hekime bu tedaviyi yaptırmanın tıbbi bir gerekliliği yoksa ya da tedaviyi başka bir hekime devretmesi hastanın sağlığını olumsuz etkileyebilecek durumlara neden oluyorsa hekimin goşevini başka bir hekime bırakması sוז konusu olamaz. Tuim bu gerekliliklere uymayan ve hastasının tedavisini bizzat yapması gereken bir hekim bu yuikuimluluğuunu yerine getirmezse tedavi sוזleřmesinden doğan yuikuimluluklerini yerine getirmemiş kabul edilecek ve doğacak zararlar ile yuikuimluluğuunu ihlal etmesinden dolayı sorumlu tutulacaktır.

---

<sup>106</sup> Kıcalıoğlu, s.66.



#### 4. Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü

Tıbbi tedavi ve müdahalelerin hukuka uygun olması için, hastanın "aydınlatılmış rızası" alınmış olmalıdır. Hastaya, tıbbi müdahaleyle ilgili tüm bilgiler verilmiş olmalıdır.<sup>107</sup> Aksi halde; hekim tedavi sözleşmesinden doğan yükümlülüğünü ihlal etmiş kabul edilecektir.

Hastanın aydınlatılmış onamı; yani rızasının alınmadan önce; mutlaka teşhis, tedavi ve gerekli tıbbi meseleler hakkında aydınlatılması gerekmektedir.

Özellikle; tıbbi müdahaleler gibi teknik bir bilgiyi gerektiren, buna karşılık kendisine müdahalede bulunulan kişi üzerindeki sonuçları büyük olabilecek eylemlerde, müdahaleye rıza gösterecek kişinin, müdahalenin nasıl yapılacağı ve müdahalenin sonuçları konusunda yeterli şekilde aydınlatılması gerekmektedir.<sup>108</sup>

Hastanın aydınlatılması;

- konulan tanının ayrıntılı anlatılması,
- tanıya göre yapılması gereken tedavi yöntemi ve başarı şansının ne olacağı,
- ne için bu tedavi yönteminin seçildiği,
- ne gibi riskler taşıdığı,
- önerilen tedavinin/müdahalenin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek sonuçların neler olabileceği,
- başka bir tedavi seçeneği olup olmadığı konularında yapılmalıdır.<sup>109</sup>

Hasta, hekimin vereceği bilgilerle uygulanması düşünülen tıbbi müdahaleler konusunda karar verebilecek duruma gelir. Aydınlatmanın amacında da; hastanın rızasının sağlıklı bir şekilde doğmasının sağlanması ve serbest iradesinin gerçekleştirilmesi yatar. Müdahaleyi yürütmekle sorumluluğu üstlenen hekim; kural olarak hastayı aydınlatmakla da yükümlüdür. Söz konusu aydınlatmanın ise; müdahaleden önce yapılması gerekmektedir. Aksi halde; hasta yeterince aydınlatılmamış olacak ve tıbbi müdahale hukuka uygunluğunu yitirmiş olacaktır. Hastanın aydınlatılması ile ilgili ise; herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir.<sup>110</sup>

---

<sup>107</sup> Kıcalıoğlu, s. 66.

<sup>108</sup> Erman, Barış. Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Seçkin Yayınları, Ankara 2003, s. 99; Altun, Gürcan; Yorulmaz, Abdullah Coşkun. "Yasal Değişiklikler Sonrası Hekim Sorumluluğu ve Malpraktis", Trakya Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, Trakya 2010, s. 10, 11.

<sup>109</sup> Kıcalıoğlu, s. 97.

<sup>110</sup> Erman, s.101, 104.

Ancak; uygulamalarda doğabilecek sıkıntıların önüne geçmek, hastaların hekimler tarafından aydınlatılmadığını ileri sürdükleri durumlarda bu konuyu ispatlayabilmek ve konunun açıklığa kavuşabilmesi için; yazılı şekil şartının benimsenmesi gerektiği kanaatindeyim. Böylece; hekim tarafından aydınlatılmadığını ileri süren bir hastaya karşı yükümlülüğünü yerine getirdiğini yazılı gösterdiği takdirde ispatı kolaylaşacak ve sorumluluğunu yerine getirdiğini kanıtlamış olacaktır.

Tüm bunların yanında; aydınlatmanın yapılması öngörülen müdahalenin türü (enjeksiyon, operasyon vb.) açısından da olması gerekmektedir. Ayrıca; yapılacak müdahalenin sonucu, müdahalede hastalığı yenmedeki şans yüzdesi ve müdahale hakkındaki riskler de hastaya bildirilmelidir.<sup>111</sup> Hastanın aydınlatılmasındaki kapsamda; hastaya yapılacak müdahalenin acilliği sorunu ortaya çıkmaktadır. Eğer, hekim tarafından hastaya acil müdahale edilmesi gereken bir durum ortaya çıkmışsa; hasta veya hasta yakınlarının makul ölçülerde aydınlatılması yeterli olacak, ayrıntılı bir aydınlatmaya gerek kalmayacaktır. Bunun dayanağını; tedavi sözleşmesinin amacı olan; hastanın yaşam hakkına bağlı olarak hastayı tedavi etmek olup; acil bir durumda da öncelik hastayı tedavi ederek sağlığına kavuşturmadır. Acil müdahaleyi gerektiren durumlarda, beklenilecek fazla zaman olmaması, hastaya gerekli tıbbi müdahalenin hemen beklenmeksizin yapılması gerekliliği hekimin aydınlatma yükümlülüğünü aza indirger.

Hasta Hakları Yönetmeliği 15. ve 31. maddelerinde "hastanın bilgilendirilmesi" açıkça düzenlenmiştir. Düzenlenen maddelere göre;

m.15'te; "Genel olarak bilgi isteme" başlığı altında; hastanın; sağlık durumunu, kendisine uygulanacak tıbbi işlemleri, bunların faydaları ve muhtemel sakıncalarını, alternatif tıbbi müdahale usullerini, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları ve hastalığın seyri ve neticeleri konusunda sözlü veya yazılı olarak bilgi isteme hakkına sahip olduğu; sağlık durumu ile ilgili gereken bilgiyi, bizzat hasta veya hastanın küçük, temyiz kudretinden yoksun veya kısıtlı olması halinde velisi veya vasisinin isteyebileceği; hastanın, sağlık durumu hakkında bilgi almak üzere bir başkasına da yetki verebileceği; gerek görülen hallerde yetkinin belgelendirilmesinin istenebileceği; hastanın, tedavisi ile ilgilenen tabip dışında bir başka tabipten de sağlık durumu hakkında bilgi alabileceği düzenlenmiştir.

---

<sup>111</sup> Erman, s. 108.

m. 31'de ise; "rızanın kapsamı" başlığı altında; "rıza alınırken hastanın veya kanuni temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilip aydınlatılmasının esas olduğu; hastanın, uygulanacak tıbbi müdahale için verdiği rızanın, bu müdahalenin gerektirdiği sair tıbbi işlemleri de kapsadığı; ancak, tıbbi işlemlerin uygulanmasında, bu yönetmelikte ve diğer mevzuatta belirlenen hakların ihlal edilmemesi için azami ihtimamın gösterilmesi gerekliliği" düzenlenmiştir.

Aydınlatmanın açık tanımı ise; TTB tarafından yayınlanan "Meslek Etiği Kuralları m.26'da" yapılmıştır. Bu maddede; " Hekim, hastasını, hastasının sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konusunda aydınlatır." düzenlemesi getirilmiştir.

Aydınlatmayla ilgili; ülkemizde ilk örnek karar 1977'de verilmiş olup; "tuşe rektal" denilen parmakla muayene sırasında, kızlık zarının delinmesi durumunda mağdurenin, böyle bir tıbbi işleme başlanırken istenmeyen bir durumun ortaya çıkabileceği konusunda aydınlatılmadığı öne sürülerek, hekim aleyhine hasta tarafından tazminat davası açılmıştır. Yargıtay 4.HD tarafından, hekimin muayeneye başlamadan önce, yapılacak işlemin ne olduğu, niçin gerekli olduğu ve ne gibi sonuçlar doğurabileceği konusunda davacıyı aydınlatmadığı için, sorumlu olduğuna ve hastaya tazminat ödenmesine karar verilmiştir.<sup>112</sup>

Yargıtay kararında<sup>113</sup>; " davacı, hasta nefes almakta zorluk çektiği için KBB uzmanı davalı hekime muayene olmuş, hekimin önerisi ile ameliyata alınmış, hekim ameliyat sırasında burun içinde kırılan iğne ucunu tüm uğraşlarına rağmen çıkaramamış ve bu halde ameliyata son vermiş, durumdan ise davacı hastayı haberdar etmemiştir. Uzun süre iğne ucu hastanın burnunda kalmış, çekilen röntgen ile durum öğrenilmiş; başka bir hekim tarafından iğne ucu hastanın burnundan çıkarılmıştır. Davalı hekimin, iğne ucunun kırılması üzerine tüm aramalarına ve uğraşlarına karşın iğne ucunu bulamayarak ameliyata zorunlu son verdiğini davacı hastaya bildirmesi gerekli iken, bu yükümlülüğünü yerine getirmemiştir. Bu nedenle; hasta yararına hak ve nesafete, adalete uygun bir manevi tazminata hükmedilmesi

---

<sup>112</sup> Kıcalıoğlu, s. 96.

<sup>113</sup> 13.HD'nin 6.11.2000 tarih, 2000/8590 E., 9569 K.

gerekmekte iken davanın reddine karar verilmesi kararı bozulmuştur. Bu karar ile; hekimin yaptığı tıbbi müdahalenin doğuracağı sonuçları hakkında da hastayı bilgilendirmesi, hastayı bu konuda aydınlatması gerekliliği belirtilmiştir.

Açıklanan tüm düzenlemeler ve Yargıtay kararlarına göre; hekimin tedavi sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini hukuka uygun bir durumda yerine getirebilmesi için önem taşıyan aydınlatılmış onam için; öncelikle hastanın tüm bu belirtilen ölçütlere göre aydınlatılması gerekmektedir.

### **5. Hasta Rızası (Aydınlatılmış Onam) Yükümlülüğü**

Hekimin tıbbi müdahalesinin hukuka uygunluk şartlarından ve hekimin tedavi sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden bir tanesi de hastanın rıza göstermesidir.<sup>114</sup> Tıbbi müdahale yapılmadan önce hastanın rızasının alınmasına; " hastanın onamı" denilmektedir. Tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getiren iki şart bulunmaktadır. Söz konusu şartlar<sup>115</sup>;

- hekimin tıp sanatını uygulama hak ve yetkisinin bulunması (doktorluk diploması, Türk vatandaşı olması, TTB'liğine kayıtlı olması),
- hastanın onamıdır.

İşbu rızanın hukuka uygunluğu için de uygulanacak olan teşhis, tanı ve tedavi yönteminin ayrıntı ve sonuçları bakımından, kişinin (hasta veya yakınlarının), hasta hekimi tarafından yeterince bilgilendirilmiş ve aydınlatılmış olması gerekir.

Bir tıbbi müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için; hastanın/tıbbi müdahalede bulunulacak kişinin muvafakatinin alınması; bilincin kapalı olduğu ve hayati tehlikenin olduğu acil durumlar haricinde zorunludur. Hasta rızası, yapılacak tıbbi müdahaleye ilişkindir ve hastaneye rıza gösterdiğini bildiği taktirde rıza hukuken geçerli olacaktır.<sup>116</sup> Aksi halde; hastanın hastalığının teşhisi, tedavisi, riskleri ve müdahale konusunda aydınlatılmadan hastadan alınan rızanın hukuken bir geçerliliği olmayacaktır.

Öğretide "aydınlatılmış onam" olarak adlandırılan bu kavram temel hasta hakları içinde yer alır. (Biyotıp Sözleşmesi m.5; 1219 Sayılı Tababat ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m.70; 2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması,

<sup>114</sup> III. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2010, s. 14; Ateş, s. 189.

<sup>115</sup> Kıcalıoğlu, s. 69.

<sup>116</sup> Özpınar, s.24, 25.

Saklanması Hakkında Kanun m. 6; 23420 Sayılı Hasta Hakları Yönetmeliği m.5, 25).<sup>117</sup>

Hasta Hakları Yönetmeliği ilgili maddelerinde; "tıbbi müdahalelerde hastanın rızasının gerektiği, hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınacağı; hastanın velisinin veya vasisinin hazır bulunmadığı durumlarda veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde bu şartın aranmayacağı" düzenlenmiştir.

Biyotıp Sözleşmesi m.5'te; "sağlık alanında herhangi bir müdahalenin; ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş olarak muvafakat vermesinden sonra yapılabileceği; bu kişiye müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında önceden uygun bilgiler verilmesi gerektiği; ilgili kişinin muvafakatini her zaman serbestçe geri alabileceği" düzenlenmiştir.

1219 Sayılı Tababat ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m.70'de; "Tabiplerin, dış tabiplerinin ve dişçilerin yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatini alacakları; büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olmasının gerekliliği (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakatin şart olmadığı); hilafında hareket edenlere iki yüz elli Türk Lirası idarî para cezası verileceği" düzenlemesi getirilmiştir.

2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun m.6'da; "On sekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan bir kişiden organ ve doku alınabilmesi için vericinin en az iki tanık huzurunda; açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanmasının zorunlu olduğu" düzenlenmiştir.

Tüm bu düzenlemelerden açıkça anlaşılacağı gibi; hekim tarafından gerçekleştirilen tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için; hasta tarafından tıbbi müdahaleye rıza gösterilmesi gerektiği; rızanın büyük ameliyatlara haricinde bir şekil şartına tabii olmadığı; ancak uygulamada ortaya çıkabilecek hukuki problemler nedeniyle ispat kolaylığını sağlayabilmek adına yazılı yapılmasının yaygınlaştığı görülmektedir. Oysa; düzenlemelerden yalnızca Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Nakli Hakkında Kanun uyarınca; vericinin diğer aydınlatılmış onam

<sup>117</sup> III. Sağlık Hukuku Kurultayı, s. 14.

(rıza) dan farklı olarak; en az iki tanık huzurunda önceden verilmiş yazılı veya en az iki tanık önünde sözlü beyan edip imzaladığı tutanağın hekim tarafından onaylanmasının zorunlu kılındığı görülmektedir.

Yargıtay kararında<sup>118</sup> da; özetle, "Hastanın rızası ve hekimin tıbbi müdahalede bulunma hak ve görevine sahip olmasının, sonucu ne olursa olsun tıbbi müdahalenin hukuka uygun olduğunu gerektirmeyeceği; Türk hukukunda da kabul edilen görüşe göre; hekimin sağlıkla ilgili fiillerde, rızayı sağladıktan sonra tıp biliminin sınırları içinde hareket etmekle yükümlü olduğu ve hastanın rızasının kapsamına bağlı bulunulması gerekliliği" belirtilmiştir.

Diğer bir Yargıtay kararında da<sup>119</sup>; hastanın tedavisini üstlenen hastane ve doktorların, meslek alanı içinde olan tüm kusurlarından hafif de olsa sorumlu olduğu; doktor ve hastanenin hastasının zarar görmemesi için mesleki tüm şartlarını yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde alması gerektiği; uygun tedaviyi belirleyip uygulamak zorunda olduğu belirtilerek; ayrıca davalı hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğinin de araştırılması gerektiği; söz konusu karara ilişkin olayda; davalı hekimin, davacı hastayı müdahalenin komplikasyonları konusunda aydınlattığını yazılı belge ile ispat edemediği gibi, beyanında geçen komplikasyon oluştuğu halde tedavisinin de mümkün olmadığını anlaşıldığı; hükme esas alınan bilirkişi raporlarında, davalı doktorun, davacıyı aydınlatma borcunu yerine getirip getirmediğinin tartışılmadığı; bu nedenle eksik inceleme ve araştırma sonucu hüküm kurulamayacağı; o halde, mahkemece açıklanan hususlarla ilgili olarak varsa taraf delillerini topladıktan sonra davalının aydınlatılmış onam alma yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğinin dikkatlice araştırılıp tartışıldıktan sonra hüküm kurulması gerekmekte iken; aydınlatılmış onamın olup olmadığının araştırılmaksızın kurulan hükmün bozulması gerektiğine karar verilmiştir.

Aydınlatılmış onam açısından bir diğer sorun ise; hekimin anestezi altındaki hastanın ameliyatını genişletmek için, yakınlarının rızasını alması gerekip gerekmediği yönündedir. Buna göre; hekimin hastanın durumu acil ve tehlikeli bir durum arz ediyorsa bu durumda hekim, hastanın rızasına ihtiyacı olmadan mesleki

---

<sup>118</sup> 13. HD.'nin 7.3.1977 tarih, 1976/6297 E. ve 1977/2541 K.

<sup>119</sup> Yargıtay 13.HD 2008/4519 E., 2008/10750 K.

müdahalesini yapabilir. Büyük ameliyatlarda; hasta için anestezi altında tıbbi müdahaleye başlanmadan; cerrahi müdahale gerektiren işlemlerde buna başlanmadan önce gerçek teşhisi koymaya bazen imkan bulunmamaktadır. Böyle bir durumda, hastanın genişleyen ameliyata ya da ameliyatlarda hastanın ya da yakınlarının rızasının alındığı kabul edilmektedir. Ameliyat yapılırken beklenmeyen bir durumun ortaya çıkması halinde de cerrahın gerekli müdahaleyi yapabilmesi onun bilgi ve tecrübesine bırakılmıştır.<sup>120</sup>

Hastanın rızası; hukuki işlem benzeri bir irade açıklamasıdır. İzin, tamamen fiili bir sonuca; yani tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesine yöneliktir. Bu nedenle hastanın rızasının alınması hekim için büyük önem taşır.<sup>121</sup> Hayati haller dışında rızanın geri alınması mümkündür. Kanunen zorunlu haller dışında hasta tedaviyi reddedebilir.<sup>122</sup> Ancak; hastanın açıkça karşı çıkmasına karşın, onun üstün nitelikteki yararı gözetilerek tıbbi müdahalede bulunulmasının hukuka uygun sayılıp sayılmayacağı tartışmalıdır.<sup>123</sup>

Tıbbi müdahaleler bakımından rızanın bulunması kural olarak hekimin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı gibi, tazminattan indirim sebebi de olamaz.<sup>124</sup> Ancak, AŞÇIOĞLU 'na göre; rızanın geçerli olmadığı yasal olmayan kürtaj gibi durumlarda, hastanın rızası zarar görenin kusuru kabul edilerek tazminattan indirim sebebi kabul edilebilmelidir. Çünkü, rıza burada hukuka aykırı bir durumun nedenidir.<sup>125</sup>

## **6. Sadakat ve Özen Yükümlülüğü**

Sadakat ve özen yükümlülüğü; hekim ile hasta arasındaki tedavi sözleşmesindeki en önemli yükümlülüklerden bir tanesi olup; hekim mesleki kurallar ve meslek etiği açısından da bu yükümlülükleri yerine getirmekle yükümlüdür.

---

<sup>120</sup> Öztürkler, s.67, 68.

<sup>121</sup> Ateş, s. 189.

<sup>122</sup> Yılmaz, s. 169.

<sup>123</sup> Kıcalıoğlu, s.437.

<sup>124</sup> Sarıtaş, s. 138; Yılmaz, s. 169.

<sup>125</sup> Aşçıoğlu, s. 128.

Kanunda sadakat ve özen kavramlarının tanımı yapılmamıştır. Ancak; TBK m.506 (BK m.390)'da vekilin borçları arasında " Şahsen ifa sadakat ve özen gösterme" başlığı altında düzenlenmiştir.

TBK m. 506/2 ve 3'de; " Vekilin üstlendiği iş ve hizmeti, vekalet verenin haklı menfaatlerini gözeterek sadakat ve özenle yürütmekle yükümlü olduğu; vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde; benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranışın esas alınacağı" düzenlenmiştir.

Tedavi sözleşmesinin hukuki niteliğinin vekalet sözleşmesiyle aynı olması nedeniyle; söz konusu düzenleme tedavi sözleşmesi açısından da geçerli olacaktır. Buna göre; hekim de hastasının haklı menfaatlerini gözeterek sadakat ve özen gösterecek; özen borcunu yerine getirirken ise; göstermesi gereken özenin ölçütü benzer alanda hekimlik yapan basiretli bir hekimin göstermesi gereken davranış olacaktır.

Sadakat borcu; hekimi, hastanın yararına olacak davranışlarda bulunma yükümlülüğü altına sokar.<sup>126</sup>

Hekimin sadakat borcu; sadece tıbbi müdahale yapıldığı anda değil; öncesi ve sonrasını da kapsamaktadır.<sup>127</sup>

Hekimin çıkarları ile hastanın çıkarları karşı karşıya kaldığı durumlarda hekimin, sadakat borcu dolayısıyla kendi çıkarlarından fedakârlıkta bulunabilmesi gerekmektedir.<sup>128</sup>

Hastadan fazla ücret alabilmek için hastaya yanlış bilgi verilmesi, hastadan gerekenden çok fazla ücret talep edilmesi, tıbbi müdahalenin gereksiz uzatılması, gerekli olmayan tedavi ya da tıbbi incelemelerin yapılması sadakat borcunun ihlali anlamına gelmektedir.<sup>129</sup>

---

<sup>126</sup> Kıcalıoğlu, s. 70'den Tandoğan, Haluk. Eser ve Vekalet Sözleşmeleri, Ankara 1987, s. 407.

<sup>127</sup> Aral, Fahrettin. Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 8.Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2010, s. 406'dan Or- Weber, Art. 398, N. 8.

<sup>128</sup> Y.H.G.K 27.10.1999, 1999/1-886 E., 883 K.

<sup>129</sup> Kıcalıoğlu, s. 70.



Sadakat borcuna bağı olan bir yükümlülük ise; sır saklama yükümlülüğüdür. Hekimlerin, hastalarının sırlarını tutmasındaki gerekliliğın en temel nedeni; hipokrat yemini olarak gösterilmektedir.<sup>130</sup>

Hekim açısından hastanın her şeyi anlatacağına, gerekli açıklığı sağlayacağına, hasta açısından ise verilen tüm bilgilerin hekimin kendisinde ya da aynı derecede bulunan dikkatli diğer hekimlerde saklanacağı konusunda oluşan karşılıklı güven, yardım başvurusundan sonra hastanın tüm bilgileri hekime açıklamasını gerektirecek ve yapılan tedavinin başarılı olmasını sağlamada yardımcı olacaktır.<sup>131</sup>

Sır saklama yükümlülüğünün yerine getirilmesi; öncelikle hastayı korumaktadır. Çünkü; hekim tarafından hastasına ait bilgilerin ve sırların açıklanmasından en çok zarar görecekt kişi hastalardır. Hasta; sırlarına saygı gösterileceğı ve kendisine ait bilgilerin üçüncü kişilere aktarılmaması konusunda hekime güvenmelidir. Aksi halde; hastanın hekime başvurması bile söz konusu olamayacak hale gelecektir.<sup>132</sup>

Hekimin, hasta açısından doğru bir teşhis koyabilmesi için de herhangi bir çekince hissetmeden hastanın tüm hissettiklerini, bildiklerini hekime aktarması gerekmektedir. Hastanın bu açıklamaları rahatlıkla yapabilmesi için hekimine güvenmesi ve hekimin tüm bu anlattıklarını sır kapsamında mutlaka saklayacağına kanaat getirmesi gereklidir.<sup>133</sup>

Özen yükümlülüğü de; hekimin bir diğer önemli yükümlülükleri arasındadır. Hekim tıbbi müdahaleyi yerine getirirken; teşhis ve tedavi aşamalarında da gereken özeni göstermek zorundadır. Gerekli özeni göstermeyen hekimin hukuki sorumlulukları ortaya çıkar.

Özenin temelinde, hekime; taahhüt ettiği iş, işlem veya fiilin gereğı gibi sonuçlanması için belirli bir gayret sarf etmesi gereğı yatmaktadır.<sup>134</sup>

Her tıbbi müdahale kişinin bedensel ve ruhsal bütünlüğüne karşı, kişilik değerlerine yönelik olup; hekimin görevini yerine getirirken hastanın sağlığını koruması, kişilik değerlerine saygı göstermesi gerekmektedir. Buradaki ölçüt; hekimin; mesleğın normal, orta seviyede bir mensubunun benzer durumda

---

<sup>130</sup> Karasu, s. 60'dan Taşkın, s. 112.

<sup>131</sup> Ayan, s.98; Aşçıoğlu, s. 144.

<sup>132</sup> Ayan, s.98.

<sup>133</sup> Karasu, s.63.

<sup>134</sup> Özpınar, s.40; Zevkliler/Gökyayla, s. 487.

göstereceği özendir.<sup>135</sup> Türk Medeni Kanunu m.3'te; durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimsenin iyiniyet iddiasında bulunamayacağı belirtilerek; özen yükümlülüğü ile iyiniyet arasında da bir hukuki ilişkinin mevcut olduğu açıkça belirtilmiştir. Bu düzenlemeye göre; mesleki yükümlülükleri arasında hastasına karşı beklenen özeni göstermeyen hekim aynı zamanda iyiniyet iddiasında da bulunamayacaktır.

Sadakat ve özen yükümlülüğü; birçok sözleşme çeşidinde düzenlenmiş olup; tedavi sözleşmesinde de hasta menfaatlerinin üstün tutulması amacıyla ortaya çıkmıştır. Sadakat ve özen yükümlülüğü; TBK m.396'da; genel hizmet sözleşmesinde; işçinin yüklendiği işi özenle yapmak ve işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorunda olduğu; TBK m.471'de; eser sözleşmesinde, yüklenicinin üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek sadakat ve özenle ifa etmek zorunda olduğu; TBK m.506'da; vekalet sözleşmesinde, vekilin üstlendiği iş ve hizmetleri, vekalet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlü olduğu şeklinde düzenlenmiştir. Tüm bu düzenlemeler ile birlikte; uygulamada ve kanunda yer alan sadakat ve özen yükümlülüğü hasta haklarının gelişmesi konusu ile birlikte hekim ile hasta arasındaki tedavi sözleşmesinde büyük ve önemli bir uygulama alanı bulmuştur.

Hasta ile hekim arasındaki sözleşmeden doğan sadakat ve özen yükümlülüğü hasta ile hekim arasındaki hukuki ilişkinin en başında; yani hasta kabul anında başlayarak tedavi süresince ve tedaviden sonra da devam etmektedir.<sup>136</sup>

Yargıtay tarafından verilen kararlarda da; hekimin sadakat ve özen yükümlülüklerini yerine getirmemesinin hekimin sorumluluğuna yol açması gerektiği benimsenmektedir. Buna örnek olarak verilebilecek Yargıtay kararlarında özetle; hekimin kusurunun kendisinden beklenen gerekli özeni ve sadakat borcunu eksik veya hiç yerine getirmemesi durumunda ortaya çıkacağı; kusurun saptanmasında objektif ölçütün esas alınacağı; ameliyat esnasında hasta vücudunda iki metre uzunluğunda gazlı bez unutulmasının ağır bir ihmal olduğu; hekimin yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmediği belirtilmiştir.<sup>137</sup> Diğer bir kararda

---

<sup>135</sup> Özpınar, s. 41.

<sup>136</sup> Özpınar, s.42.

<sup>137</sup> Yargıtay 13.HD 14.3.1983, 1982/7237 E., 1983/1783 K.

ise<sup>138</sup>; hekimin hastanın zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre de herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermesi gerektiği, hastanın hekimden özenli davranmasını beklemekte haklı olduğu belirtilmiştir.

Sadakat ve özen borcu; genel nitelikte olup; diğer borçları da etkiler; yani hekim; tıbbi müdahalenin her aşamasında, teşhis koyarken, teşhise uygun tedavi ederken bu borcu gözetecektir.<sup>139</sup>

Tıp bilimi ve uygulaması hakkında kabul edilmiş olan bir kuralı çiğneyen hekim; özen borcuna da aykırı hareket etmiş kabul edilmektedir. Hekim bu konuda kendisini geliştirmeli, gerekli bilgi donanımına sahip olmalı, güncel tıbbi gelişmeler hakkında gerekli çalışmaları yaparak; tıbbi yeniliklere de ayak uydurmalıdır.<sup>140</sup>

Açıklanan nedenler ve örnek Yargıtay kararlarına göre; hekim hastaya karşı yükümlülüklerini eksiksiz bir şekilde yerine getirmelidir. Sadakat ve özen yükümlülüğü; hasta ile hekim arasındaki ilişkinin her aşamasında ve her yükümlülük içerisinde olması, uyulması gereken bir durum olduğundan ayrıca önem kazanmıştır.

Hekimin tedavi sözleşmesinden doğan tüm bu yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda; sözleşmeden doğan borcunu gereği gibi yerine getirmemiş olduğu kabul edilerek, hekimin hukuki sorumluluğuna gidilecektir.

Hekim, tıbbi müdahale nedeniyle ve tedavi sözleşmesinden doğan tüm yükümlülükleri yerine getirdiğini; yükümlülüğünü yerine getirmediğinin iddia edildiği durumlarda da olayda bir özensizliği (kusuru) bulunmadığını kanıtlamakla yükümlüdür.<sup>141</sup>

---

<sup>138</sup> Yargıtay 13.HD 6.3.2003, 2002/13959 E., 2003/2380 K.

<sup>139</sup> Özpınar, s. 42.

<sup>140</sup> Ayan, s.90.

<sup>141</sup> Kıcalıoğlu, s. 71.

## BÖLÜM II

### II. ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE SONUÇLARI

Hekimin özen yükümlülüğü; hekim ile hasta arasındaki tedavi sözleşmesinden kaynaklanabileceği gibi; aralarında sözleşmesel bir ilişkinin mevcut olmadığı bir durumda da bu yükümlülük ortaya çıkabilecektir.

Hekim ile hasta arasındaki ilişkide; güven unsurunun önem taşıması; hastanın hastalığının tanısı, tedavisi ve gerekli tıbbi müdahalelerin yapılabilmesini isteyebileceği bir hekime güvenmesi en önemli esastır. Böyle bir ilişkinin varlığında ise; hekimin, mesleki kurallarına bağlı olarak gerekli dikkati ve özeni göstermesi gerekmektedir. Bu nedenle hekimin özen yükümlülüğü; diğer yükümlülüklerin de içinde yer alan bir yükümlülük haline gelmiştir.

Hekimin özen göstermesi; hastasının yararına sonuç doğuracak bir şekilde olmalı; hekim; yükümlülüğünü yerine getirirken tıbbi müdahalenin iyi bir şekilde sonuçlanabilmesi, hastanın sağlığına kavuşabilmesi için gerekli özeni göstermek zorundadır.<sup>142</sup>

Hekimlerin, hasta tedavisi ile ilgili faaliyetleri; hastalığın teşhisi, gerekli ilaçların verilmesi, cerrahi müdahalelerin yapılması, hastalığın devamlı olarak gözetilmesi vb. görevleri bulunmaktadır.<sup>143</sup>

Hastanın, tedavi nedeniyle zarar görmemesi, hastanın sağlığına kavuşturulabilmesi için gerekli tıbbi müdahalelerin yapılmasında hekim özenli davranmak zorundadır. Hekim, beklenen özeni göstermediği durumlarda kusurlu kabul edilir. Beceri ve özen kusurlarına daha çok cerrahi müdahalelerde karşılaşılmaktadır. Müdahale sırasında, hasta vücudunda pens, sargı bezi, makas unutulması, gerekli tetkikler yapılmadan tedaviye başlanması, teşhisin doğru yapılmaması gibi durumlarda ağır meslek kusuru ve özen yükümlülüğünün ihlali

---

<sup>142</sup> Yalçınduran, Türker. Vekalet Sözleşmesinde Ücret, Gözden Geçirilmiş 2.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s. 75.

<sup>143</sup> Yargıtay 4.HD 7.3.1977, 1976/6297 E., 1977/2541 K.

söz konusu olmaktadır. Ayrıca; hekimin beceri kusurunun belirlenmesinde, objektif ölçü esas alınmaktadır. Orta düzeyde bir hekimin bilgi ve becerisi ölçütü ile hekimin gerekli özeni gösterip göstermediği her olaya göre ayrı ayrı değerlendirilecektir.<sup>144</sup>

Yargıtay tarafından verilen kararlarda da; ameliyatta tutulması gereken kayıtların yedi ay sonra tutulması, çocuk hastanın yaşı, kilosu ile genel anestezi altında verilen ilaçların birbirini etkileyip etkilemediği hususlarının nazara alınmaması durumlarının hekimin özen yükümlülüğünü ihlal ettiği ve tazminata hükmedilmesi gerektiği<sup>145</sup>; hatalı kist ameliyatı sonucunda hastanın hayati tehlikesinin yirmi bir gün boyunca devam etmesi ve hasta sağlığının bozulması nedeniyle hekimin özen yükümlülüğünü yerine getirmeyerek hatalı bir ameliyat gerçekleştirdiği, bu nedenle tazminata hükmedilmesi gerektiği belirtilmiştir.<sup>146</sup>

Tüm düzenlemeler ve Yargıtay kararlarına dayalı olarak; hekimin yerine getirmekle mükellef olduğu yükümlülüklerinin temelinde; özen yükümlülüğü yer almaktadır. Hekim; hastaya karşı borçlarını yerine getirirken her aşamasında, tüm borçlarını yerine getirirken özen yükümlülüğüne dayalı olarak hareket etmek zorundadır.

### **A. Özen Kavramı**

Özen kavramı hakkında kanun koyucu tarafından bir açıklama yapılmamış olmakla birlikte; kanunda düzenlenen maddelerde geçen farklı kavramlar ile ifade edilmiştir.

Doktrinde, kanun koyucunun özen kavramını tam olarak açıklamamasına karşın; özenin tanımı konusunda, sorumluluk türlerine göre (sözleşmeden doğan sorumluluk, kusur sorumluluğu, sebep sorumluluğu) bir ayırım yapılmamakta olup, bu konuda ayırım; sübjektif özen ve objektif özen ayırımı olmuştur. Özenin temelinde yatan neden ise; borçluya (vekile, hekime) taahhüt ettiği iş, işlem veya fiilin gereği gibi sonuçlanması için, belirli bir gayret sarf etmesi gereği yatmaktadır.<sup>147</sup>

---

<sup>144</sup> Ateş, s.181.

<sup>145</sup> Yargıtay 13.HD 7.2.2005, 2004/12088 E., 2005/1728 K.

<sup>146</sup> Yargıtay 13.HD 7.2.2005, 2004/13012 E., 2005/1711 K.

<sup>147</sup> Başpınar, s. 123.

Özen kavramı, cümlede bağımsız kullanılamayıp, ancak yanına eklenecek bir isim ile açıklayıcı değer kazanmaktadır. Bu nedenle; özen kavramı mutlaka önündeki başka bir kelimeyi niteleme görevine sahiptir.<sup>148</sup>

Burada değinilmesi gereken özen kavramı ve özen yükümlülüğü ise; hekimin hastasına karşı yükümlülüğü olan; temeli vekâlet hükümlerine dayanan özen kavramıdır.

Kanunda tanımına yer verilmemiş olmakla birlikte; TBK m. 506/2'de; vekilin üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlü olduğu; m.506/3'te ise; vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranışın esas alınacağı düzenlenmiştir.

Vekâlet sözleşmesi ile hukuki nitelikleri açısından benzerlik gösteren tedavi sözleşmesinde de; hekim hastasının menfaatlerini gözetmek, özen yükümlülüğünü yerine getirmek; bu yükümlülüğünü yerine getirirken de basiretli bir hekimin göstermesi gereken davranışı sergilemelidir.

Özen yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği hususunun ispatı ise; hastaya aittir. Sadece başarılı bir sonucun elde edilememesi özen borcunun yerine getirilmediği hakkında bir karine teşkil etmemekte; hasta; ayrıca hekimin meslek kurallarına, işin gereğine, olayın olağan akışına uygun hareket etmediğinden dolayı zarara uğradığını ispat etmelidir. Hekim ise; hastanın bu iddialarına karşı ancak özen yükümlülüğünün bulunduğunu kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilmektedir.<sup>149</sup>

Hekim, genellikle kabul edilen ve tıp bilimi uygulamasında kabul edilen ilkeleri bilmek, kurallara göre doğru teşhisi koyup, bu teşhise uygun bir tedavi tavsiye etmek ve bu tedaviyi gerekli her türlü tedbirleri alarak uygulamak zorundadır. Tıp bilimi ve uygulaması açısından genel olarak kabul edilmiş bir kuralı çiğneyen hekim, özen borcuna aykırı hareket etmiş olacak; bu nedenle de sorumlu tutulacaktır. Ancak; hekimin özen gösterme borcunun sınırlarını statüsü

---

<sup>148</sup> Başpınar, s.123'ten Izveren, Adil. Sorgfaltshaftung Und Schadenersatzpflicht Im Dientsvertrag, Zurich 1952, s. 27; Aynı Zarar; İşçinin İhtimam Mükellefiyeti, Ac 1953, s. 11, s. 1310.

<sup>149</sup> Özkaya, Eraslan. Vekâlet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılmasının Hukuki Sonuçları, Güngör Basım-Yayım, Ankara Barosu, Ankara 2007, s.360.

belirlemektedir. Bir profesör bilgisi ile pratisyen hekim bilgisinin eş değer görülmesi hekim açısından haksızlıklara yol açacaktır.<sup>150</sup>

Özen yükümlülüğü; hekimin gördüğü işin bir sonuç borcu olmamasından kaynaklanmakta olup; hekim, hastayı yüzde yüz tedavi etmeyi değil, kendisinden beklenen özeni göstererek yeteri derecede hastalığına çare bulması yükümlülüğü altındadır. Bu nedenle, gerekli kurallara uyup, yükümlülüklerini yerine getiren bir hekimin hastalıkta tamamen iyileşme gözlenememesi halinde sorumluluğuna gidilemeyecektir.<sup>151</sup>

Yargıtay tarafından kabul gören ve kararında belirttiği; hekimlerin, hastaların zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek mecburiyetinde oldukları, hekimin davranışlarında kusur kendisinden beklenen gerekli özen ve sadakat borcunun eksik veya hiç yerine getirilmemesi sonucunda ortaya çıktığı; kusurun araştırılmasında bu nedenle objektif kıstasın esas alındığı belirtilmiştir.<sup>152</sup>

Daha önce de ifade edildiği gibi; özen kavramı tüm yükümlülükler arasında uyulması gerekli olan; diğer yükümlülüklerin de içerisinde yer alan hekimin uymakla zorunluluğu olduğu bir durumdur.

Ayrıca; özen kavramı; sözleşmelerdeki culpa in contrahendo sorumluluğunda, sorumluluğun kurucu unsurudur. Çünkü; bu sorumluluk için hekim ile hasta arasındaki görüşmelerde taraflar arasında bağlantının kurulması sonucunda doğan doktrinde " özel özen yükümlülükleri" denilen yükümlülüğün ihlal edilmesi sonucunda kusurla birlikte gerekli özenin gösterilmemesi durumu ortaya çıkmaktadır.<sup>153</sup>

Hekimin başlıca borcu ve hekim ile hasta arasındaki önem teşkil eden en önemli kavram özendir. Özen göstermek; bilimin ulaştığı son seviyeyi takip

---

<sup>150</sup> Yılmaz, s.45.

<sup>151</sup> Akıncı, Şahin. Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Sayram Yayınevi, Konya 2004, s. 16.

<sup>152</sup> Başpınar, Veysel. "Yargıtay Uygulamaları Açısından Hekimin Özen Borcunun Tıbbi Standartlarla İlişkisi", Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan Cilt I, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s. 375'ten 13.HD 14.3.1983, 1982/7237 E., 1983/1783 K. (YKD. C. IX, s. 7, s. 1036-1040.)

<sup>153</sup> Başpınar, s. 142'den Gümüş, s. 113, 114; Serozan, Rona. Culpa İn Contrahendo, Mhad 1968, s.3, s.108-129; Yılmaz, Hamdi. Sözleşme Görüşmelerinde Kusur " Culpa İn Contrahendo" ve Sorumluluğun Hukuksal Niteliğinde Yeni Görüşler, YD 1985, s.3, s. 237-238.

edebilmek ve meslek etiğine bağlı kalarak hastanın güvenine dayalı bir şekilde hastanın hastalığını iyileştirmeye çalışmaktır.<sup>154</sup>

### **B. Özen Yükümlülüğünün Diğer Yükümlülüklerle Göre Yeri**

Özen yükümlülüğü ile hekimin uymak zorunda olduğu diğer yükümlülükler arasında sıkı bir bağ mevcuttur. Söz konusu durumdaki önem; özen yükümlülüğünün diğer yükümlülüklerin içinde de ayrı bir öneme sahip olmasından kaynaklanmaktadır. Bunun temel nedeni ise; hekim ile hasta arasındaki ilişkinin güvene dayanmasıdır.

Yargıtay tarafından verilen bir kararda<sup>155</sup> da aynen; " Vekalet sözleşmesi, büyük ölçüde, vekil ile vekil edenin karşılıklı güvenine dayanır. Vekilin borçlarının çoğu da bu güven unsurundan doğar." denilerek; vekalet sözleşmesinde güven ilişkisinin önemine dikkat çekilmiştir.

Tedavi sözleşmesi ile hukuki niteliği aynı olan vekalet sözleşmesi aynı yükümlülüklerle dayandığından; güven ilişkisi ve buna bağlı olan özen yükümlülüğü hekim hasta ilişkisi açısından da geçerli olmaktadır.

Özen yükümlülüğü önemi nedeniyle diğer yükümlülükleri de etkilemekte olup; özen yükümlülüğünü ihlal etmiş bir hekimin diğer yükümlülüklerini eksiksiz yerine getirmesi hiçbir anlam ifade etmeyeceği gibi hekimi hukuki sorumluluğundan da kurtarmayacaktır.

Özen yükümlülüğünün, sadakat yükümlülüğü ile daha yakın bir ilişkisi mevcuttur. Bunun en temel nedeni; TBK m. 506'da; özen ve sadakat borcunun birlikte düzenlenmiş olmasıdır. Ayrıca; sadakat yükümlülüğü sözleşme sona erse ya da mevcut ilişki sona erse bile devam eder.

Hekim açısından hastanın her şeyi anlatacağına, hasta açısından ise verilen tüm bilgilerin hekimin kendisinde saklanacağı konusunda oluşan karşılıklı güven de ancak sadakat yükümlülüğüne uyulması, bu nedenle sadakat yükümlülüğüne bağlı olan sır saklama yükümlülüğünün de yerine getirilmesiyle gerçekleşir. Ayrıca; özen yükümlülüğüne aykırı davranış; hastanın sözleşmenin gereği gibi

---

<sup>154</sup> İnal, H. Tamer. Borca Aykırılık ve Sonuçları, 2. Baskı, Papatya Yayıncılık, İstanbul 2009, s. 142.

<sup>155</sup> Başpınar, s.143'ten HGK 5.5.1993, 1-79 K., 195 K.



ifaya olan menfaatinin; sadakat yükümlülüğüne aykırılık ise; güvenin yitirilmesinden doğan zararın tazminine yönelik olmaktadır.<sup>156</sup>

Özen yükümlülüğünün, aydınlatma yükümlülüğü ile de yakın bir ilişkisi bulunmaktadır. Aydınlatma yükümlülüğünün de yerine getirilebilmesi için; bu durumun özenli bir şekilde ifa edilmesi gerekmektedir.<sup>157</sup>

Hekim; yerine getirmek zorunda olduğu tüm ifaları yaparken; gerekli olan yükümlülüklerin hepsine uygun davranmak zorundadır. Aksi halde; hukuka aykırı hareket etmiş olacak ve gerekli yükümlülükleri yerine getirmediği için de sorumlu tutulacaktır. Tüm anlatılan yükümlülükler arasında; özen yükümlülüğünün önemli bir yeri vardır. Buradaki en önemli neden; özen yükümlülüğünün yerine getirilmediği zaman; diğer yükümlülüklerin de eksiksiz yerine getirildiğinin söylenemeyecek olmasıdır. Hekimin özenli davranışı hasta ile hekim arasındaki güven ilişkisine dayalı olarak ortaya çıkar ve böylece tüm yükümlülükler eksiksiz ve hastayı zarara uğratmayacak şekilde yerine getirilmiş olur. Bu nedenle özen yükümlülüğünün, diğer yükümlülüklerle göre yeri önem taşımaktadır.

### **C. Özen Yükümlülüğünün Tedavideki Yeri ve Önemi**

Hekim ile hasta arasında güven ilişkisine dayanan bir ilişki kurulmaktadır. Bu ilişkiye göre; hekim, hastasına karşı belli yükümlülükler altına girmekte; bu yükümlülükler uygun olarak hastasının hastalığını teşhis etmek, tanısını koymak ve gerekli tıbbi müdahaleleri yapmakla mükelleftir.

Hekimin en önemli yükümlülüğü ise; diğer yükümlülükleri de etkisi altına alan; tüm yükümlülükler içinde olması gereken kavram özendir. Bu nedenle hekimin tüm borçlarını yerine getirirken öncelikle dikkat etmesi gereken durum; özen yükümlülüğüdür.

Hekimin özen yükümlülüğü pek çok konuda karşımıza çıkmaktadır. Bunlar kısaca;

- hasta ile hekim arasında kurulan hukuki ilişkide özen yükümlülüğü,
- hekimin kendi kusurundan doğan özen yükümlülüğü,
- hekimin başkasının fiili nedeniyle özen yükümlülüğü,

---

<sup>156</sup> Tandoğan, s.409.

<sup>157</sup> Başpınar, s. 144'ten Gümüş, s.167-168.

-müdahalede kullanılan araç- gereçlere göre özen yükümlülüğü şeklinde sıralanabilmektedir.

Söz konusu bu sıralamada; hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin sözleşmeye dayanıp dayanmamasına göre de bir ayrım yapılması gerekmektedir. Çünkü; özen yükümlülüğünün tedavi sözleşmesine dayalı olarak yerine getirilmemesinde sözleşmeye dayalı olarak borcun ifa edilmemesi ve doğan zararın tazminine gidilecekken; hasta ile hekim arasında tedavi sözleşmesinin olmadığı durumlarda hekimin özen yükümlülüğünü kusurlu ihlali haksız fiil hükümlerine dayalı olarak zarardan sorumlu olmasını gerektirecektir. Bu nedenle; hekimin özen yükümlülüğünün ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir.

### **1. Hasta ile Hekim Arasında Kurulan Hukuki İlişkide Özen Yükümlülüğü**

Hekim ile hasta arasında kurulan hukuki ilişkiden bahsedilmesinde amaç; hekim ile hasta arasında bir tedavi sözleşmesinin kurulmuş olduğu düşüncesine dayanmaktadır.

Hekim ile hasta arasındaki tedavi sözleşmesine dayanarak ortaya çıkan yükümlülükler arasında; özen yükümlülüğü de bulunmaktadır. Kanunda; özen yükümlülüğü hekim ile hasta ilişkilerinde açıklanmamış olmakla birlikte tedavi sözleşmesi ile vekalet sözleşmesinin hukuki niteliklerinin benzerlik göstermesi nedeniyle tedavi sözleşmesi açısından da vekalet sözleşmeleri için düzenlenmiş TBK m.506 hükmü geçerli olmaktadır. Bu düzenlemeye göre; hekim de hastasının menfaatlerini gözeterek tedavi sözleşmesinden doğan borçlarını sadakat ve özenle yerine getirmekle yükümlü olacaktır.

Hekim; hastasıyla tedavi sözleşmesi yapılmadan önce de tedavi sözleşmesi devam ederken de özen yükümlülüğüne uymak zorundadır.

Hekim; özen yükümlülüğünü yerine getirirken kendi meslek becerileri yanında tıp biliminin yeniliklerini de takip etmek zorundadır. Bu nedenle; tıp bilimi ilerledikçe, hekim daha kapsamlı rizikoları üstlenmek zorunda kalacaktır. Sağlık teknolojisinin de gelişmesiyle birlikte; tıbbi yanlış uygulamalara dayalı davalarda da artış görülecektir. Artık, ölümcül bakılan ameliyatlarda bile başarı şansı yükselmiştir. Bu da hekimlerin sorumluluğunu daha da çok arttırmıştır.<sup>158</sup>

---

<sup>158</sup> İnal, s. 143.

Hekimin hasta ile aralarındaki hukuki ilişkiden doğan özen yükümlülüğünü ihlalinde karşı karşıya kalacağı tazminat sorumluluğu hakkında Yargıtay kararında da<sup>159</sup>; kadın doğum uzmanı olan hekime hamileliğinin dört - beş ayını bu hekimin kontrolünde geçiren hasta; doğum sırasında bebekte omuz sinirlerinin servile motorik köklerinin koparılması sonucunda bebeğin sağ kolunun plesös sarsaklığı geçirdiği ve bebeğin sakat kaldığı, bunun nedeninin ise davalı hekimin gerekli dikkat ve özeni göstermemiş olduğu iddia edilerek; hasta tarafından maddi manevi tazminat talebinde bulunulmuş; Yargıtay da; hekimin bir vekil gibi; işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden dolayı sorumlu olacağını; hekimin, hastasının zarar görmemesi için yalnızca mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre de herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorunda olduğunu; hekimin tıbbi çalışmalarda bulunurken bazı mesleki şartları yerine getirmenin hastanın durumuna değer vermek, tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamanın tedaviyi her türlü ihtiyadi tedbiri alarak yapması gerektiğini; hekimin en ufak tereddüt gösteren durumlarda bu tereddütü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak, koruyucu tedbirleri almakla yükümlü olduğunu ve çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken de hastanın özelliklerini göz önünde tutması ve hastasını gereksiz risk altına almaması gerektiğini en emin yolu seçmekle zorunlu olduğunu belirterek; eksik inceleme ile kurulan hükmü bozmuştur.

Tüm düzenlemeler ve örnek Yargıtay kararına bakıldığında; hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin tıpkı bir vekalet sözleşmesi gibi güven ilişkisine dayandığı; hekimin hastasını tedavi ederken ve hastalığın her aşamasında gerekli tüm hassasiyeti gözeterek yaklaşması gerektiği; aksi halde tazminat sorumluluğuna gidilebileceği ortaya çıkmaktadır.

## **2. Hekimin Kendi Kusurundan Doğan Özen Yükümlülüğü**

Hekimin hasta ile olan ilişkisi daha çok sözleşmeye dayanmakla birlikte; hekim ile hasta arasında kurulan bir tedavi sözleşmesi mevcut olmadığında da hekimin sorumluluğuna gidilebilmektedir.

---

<sup>159</sup> Yargıtay 13.HD 6.3.2003, 2002/13959 E., 2003/2380 K.

Hekim ile hasta arasında tedavi sözleşmesinin mevcut olmadığı ve vekaletsiz iş görme durumunun da ortaya çıkmadığı zamanlarda hekimin kusur sorumluluğundan haksız fiil sorumluluğuna gidilerek; hastanın zararı karşılanmaya çalışılacaktır.

Ancak; bazen ortaya çıkan durumlarda hekim ile hasta arasında bir tedavi sözleşmesi mevcut olsa dahi hekimin akit dışı sorumluluğu da ortaya çıkabilmektedir. Çünkü hekimin müdahalesi hastanın yaşam hakkına ilişkin bir müdahale olup önem arz etmektedir. Bu nedenle ortaya çıkabilecek herhangi bir ihlalde hekimin akdi sorumluluğu yanında akit dışı sorumluluğu da ortaya çıkar. Böyle bir durumda ise; hakların yarışması söz konusu olmaktadır.

Aynı olayın, sözleşmeden doğan ve sözleşme dışı sorumluluk koşullarına uygun düştüğü ve öte yandan aynı zararı birden çok kişinin gidermek zorunda kaldığı durumlar vardır. Her ikisi de aynı sonucu meydana getirmeye yönelik ve özgü olmasında, iki hakkın yarışmasından söz edilir.

Hakların yarışması; TBK m.60'da düzenlenmiş olup; alacaklının, borçluya karşı aynı konuda belli bir sonucu sağlamak amacıyla değişik hukuksal nedenlere dayanarak istemde bulunmasına denir. Yarışan haklar birbirinden bağımsız olup, yarışan haklardan birinin kullanılması ile istem konusu elde edilmiş, böylece amaca ulaşılmış olur ve öteki ortadan kalkar.

Sözleşme ve haksız fiilden doğan sorumlulukların yarışmasında; zararı meydana getiren eylem ya da olay gerek sözleşme gerekse haksız fiil sorumluluğunun koşullarını gerçekleştirebilir. Bu durum en çok hekimin sözleşme ve haksız fiil sorumluluğunda ortaya çıkar. Örneğin; bir hekimin, mesleki kusur nedeniyle hastasını sakat bırakmış olması durumunda sözleşme ve haksız fiilden doğan sorumluluk yarışmaktadır. Sözleşmeden doğan bu sorumluluk ile haksız eylem sorumluluğunun yarıştığı durumlarda zarar gören; dilerse sözleşmeye dilerse de haksız eyleme dayanabilir. Ancak, sözleşmeye ya da haksız fiile dayanarak zararın giderilmesi istemi yerine getirilmişse ve amaca ulaşılmışsa öteki ortadan kalkar.<sup>160</sup>

Hekimlerin sorumluluğunda; sözleşme ve haksız fiil nedenlerinin yarışması halinde; hastanın seçimine bağlı olarak talebini, sözleşme sorumluluğuna dayandırması mümkündür.

<sup>160</sup> Karahasan, s. 69, 70, 71; Karacabey, s. 677.

Eğer; hasta sözleşmeye dayanırsa;  
-sözleşmenin varlığını,  
-sözleşmeye aykırılığı,  
-zarar ile sözleşme arasındaki illiyet bağıını ispat edecektir.

Eğer, haksız fiile dayanıyorsa; zararı, hukuka aykırılığı, zarar ile haksız fiil arasındaki illiyet bağıını, hekimin kusurunu ispatlayacaktır.<sup>161</sup>

Doktrindeki genel görüşe göre; doktor ile hasta arasında önceden kurulmuş bir sözleşme<sup>162</sup> ilişkisi yoksa, sorumluluğun dayanağını haksız fiil oluşturur. İkisi birlikte ortaya çıkarsa böyle bir durumda zarar gören hasta ikisine de başvurabilir ve hasta, bu sorumluluklardan birine dayanarak tazminat isteminde bulunabilir.

Hekimin sorumluluğunda; sözleşme sorumluluğu ve haksız fiil sorumluluğunun yarışmasında günümüzde dikkat edilmesi gereken; TBK'da düzenlenen 60. maddedir.

TBK m.60; bir kişinin sorumluluğunun birden çok nedene dayandırılabilmesi halinde; hakim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkanı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar vermesidir. Bu maddeyle getirilen yenilikle birlikte; hekimin sorumlulukların yarışmasında; hasta aksini istemedikçe; zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayacak sorumluluk sebebine göre karar verilecektir. Bu düzenlemeyle birlikte; hastaların haklarının daha iyi korunması sağlanmış olup, doktrindeki görüş ve uygulamalardaki farklılıkların önüne geçilmesi sağlanmıştır. Hastanın hekimin tıbbi müdahalesi nedeniyle uğradığı bir zararda zararın giderilmesini en çok kolaylaştıracak sorumluluk sebebine göre karar verilir böylece hasta zararının giderilmesi daha da kolaylaşmış olur.

Hekimin haksız fiil sorumluluğunun ortaya çıkmasında ise; TBK m.49 (BK m. 41)'dan itibaren düzenlenen maddeler uygulanacaktır.

TBK m.49'a göre; " Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiile başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlü olacaktır."

---

<sup>161</sup> İpekyüz, s. 126.

<sup>162</sup> Kıcalıoğlu, s. 417.

Hekimin haksız fiil sorumluluğundan söz edilebilmesi için; haksız fiilin tüm unsurunun gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Buna göre<sup>163</sup>;

- hukuka aykırı bir fiil,
- fiil sonucunda zarar,
- zarar ile fiil arasında uygun bir illiyet bağı,
- kusur unsurlarının hepsinin bir arada gerçekleşmiş olması gerekmektedir.

Tüm bu unsurlar gerçekleştiği takdirde; hekimin haksız fiil sorumluluğuna da gidilebilecektir.

Kamu görevlisi olan bir hekimin görev kapsamına girmeyen ya da görev kapsamında düşünülmeyen kişisel kusurlarında da haksız fiil sorumluluğuna gidilebilecektir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında<sup>164</sup>; devlet hastanesinde görevli olan hekimin hastaya zamanında gerekli teşhis ve tedaviyi yapmayarak hastasının bir kolunun omzundan kesilmesine neden olduğu iddiası ile yargılanıp ceza aldığı; Anayasa'nın 129/5. maddesindeki memuru koruyan hükümlerden yararlanamayacağı, kişisel kusurunun bulunduğu kabul edilerek haksız fiil esaslarına göre hekimin sorumluluğu kabul edilmiştir.<sup>165</sup>

Hekimin kendi kusurundan doğan özen yükümlülüğünün ihlalinde; tıpta yanlış uygulama adı verilen malpraktis (malpractice) ortaya çıkmaktadır. Bu durum; hekimin tedavi esnasında göstermekle yükümlü olduğu ve yapması gerekli uygulamayı yapmaması, uzmanlık alanının gerektirdiği özenle davranmaması, beceri eksikliği veya hastaya gerekli tedaviyi seçmek ve vermekten kaçınması nedeniyle ortaya çıkan zararlardan sorumlu olmasıdır. Buna göre; tıbbi yanlış uygulamadan söz edilebilmesi için de; hekimin kusurlu olmak şartı ile bu yükümlülüklerini yerine getirmemiş olması şarttır. Buna örnek olarak; hastanın böbrek fonksiyonlarının normale dönüp dönmediği hakkındaki tespiti sırasında, perfüzyon (etkili maddelerin damar yoluyla vücuda girmesini sağlar.) yoluyla verilen sıvının vücuttan çıkan sıvıya oranının hesaplanırken, beliren dengesizliğin nedeninin batındaki kanülün (bir damar, kanal veya boşluğa girmek için kullanılan içi boş tüp.) yerine gereği gibi yerleştirilmemiş ve durumun

<sup>163</sup> Eren, Fikret. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Beta Basım A.Ş, Ankara 2006, s. 468; Kılıçoğlu, Ahmet. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 10. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 196 vb.

<sup>164</sup> 26.09.2001, 2001/4-595 E., 2001/643 K.

<sup>165</sup> Özpınar, s.61.

kontrol edilmemiş olmasına dayalı olması, hekim ve hemşirenin özen eksikliğini açıkça ortaya koymaktadır.<sup>166</sup>

Hekimin kendi kusurundan doğan özen yükümlülüğünün eksikliğinin; sözleşmeye bağlı olarak ya da sözleşme dışında ortaya çıkması durumunda da hekim, hastanın uğradığı zararı manevi veya maddi ya da her ikisi birlikte tazmin etme yükümlülüğü altına girmektedir.

### **3. Hekimin Başkasının Fiili Nedeniyle Özen Yükümlülüğü**

Hekim ile hasta arasındaki ilişkide; hekim, hastayı gerekli özeni göstererek hastalığını teşhis etme ve tedavi etme yükümlülüğü altına girer. Kural olarak bu yükümlülüğü bizzat yerine getirme borcu olsa da; tıp biliminin ve tıbbi müdahalenin gerekli kıldığı durumlarda; örneğin cerrahi müdahalelerde ya da kan alımı gibi işlerde hekim diğer sağlık personellerinden ve diğer meslektaşlarından yardım alarak bu yükümlülüğünü yerine getirir. Böyle bir durumda; hekimin başkasının fiili nedeniyle özen yükümlülüğünün ne olacağı ya da hekime yardım eden sağlık personellerinin bu konudaki özen yükümlülüğünün nasıl olması gerektiği konularına açıklık getirmek gerekmektedir.

Hekimin başkasının fiili nedeniyle özen yükümlülüğünün ihlali durumunda; tıpta yanlış uygulama sonucunda ortaya çıkan zararın ve kusurun kime ait olacağı konularında dikkat edilmesi gereken hususlar bulunmaktadır.

Hekim ve sağlık çalışanlarının, sağlık hizmetlerini görürken uymakla yükümlü oldukları standartlar; tıbbi kurallar, yasal düzenlemeler, hastane yönetmelikleri ve uzmanlık protokolleriyle belirlenir.<sup>167</sup>

Yardımcı personelin (hemşire, hasta bakıcı, laborant, yardımcı hekim gibi ) hastaya verdiği zararlardan hekim, akdi sorumlulukta (BK m.100) TBK m. 116'daki yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükmüne göre sorumludur. Hasta ile hekim arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunmaması durumunda ise; yardımcı personelin zararlandırıcı eylemi haksız fiil oluşturacağından; hekim (BK m.55) TBK md. 66'ya göre sorumlu tutulabilir. Buradaki sorumluluk; istihdam edenin (adam çalıştırmanın) sorumluluğu olup, hekimin kendisinin ya da çalıştırdığı kişinin; yani yardımcı personelinin kusuru aranmaz. Bu maddenin

---

<sup>166</sup> İnal, s. 144, 145.

<sup>167</sup> Kıcalıoğlu, s. 431.

uygulanabilmesi için de; doktor ile yardımcı personel arasında bir çalıştırılan ilişkisi bulunmalı, zarar hizmetin yerine getirilmesi sırasında ve hizmetle ilgili olarak yardımcı kişilerin hukuka aykırı eylemleri sonucunda ortaya çıkmış olmalıdır. İstihdam edilen yardımcı kişiler; haksız fiillerinden dolayı bizzat da sorumlu tutulabilirler. Hekim, ödediği tazminatı kusuru oranında istihdam ettiği yardımcı kişiye rücu edebilir. (TBK m. 66/4).<sup>168</sup> Yardımcının ameliyat esnasında vücutta cisim unutulması durumu örneğinde; hekim böyle bir sonucun meydana gelmemesi için gerekli dikkat ve özeni göstermiş, tedbirleri almış ise; bu durumdan sadece kusurlu yardımcı sorumludur.<sup>169</sup>

Hekimin başkasının fiili nedeniyle özen yükümlülüğünün ihlali durumunda hekimin de sorumluluğuna gidileceği durumuna ilişkin Yargıtay kararında<sup>170</sup>; Devlet hastanesi çocuk bölümünde tedavi gören hasta çocuk tedavisi sırasında hatalı yapılan enjeksiyona bağlı olarak ölmüş; ölenin yakınlarına hastane tarafından tazminat ödenmiş; hastane ödediği tazminatı küçüğü tedavi eden hekim ve iğneyi yapan hemşireden rücu etmek istemiştir. Olayda 4/8 hemşirenin kusurlu olduğu kabul edilerek mahkeme tarafından hüküm kurulmuş olup; dosyadaki belgelerden ve tanık beyanlarından küçüğün ölümüne neden olan enjeksiyonun yapıldığı sırada davalı hekimin de hastanın başında bulunduğu anlaşılmış olup; bu durumda davalı hekimin yanlış uygulanan enjeksiyona müdahale etme hakkı bulunurken etmemesi; hatta verdiği talimatla birlikte serum setinin yukarı kaldırılarak daha hızlı şekilde iğnenin verilmesini sağladığı, keza ölüm nedeninin "potasyum klorür ampulün setten hızlı verilmiş olması" olduğunun tespiti karşısında davalı hekimin de dava konusu eylem nedeniyle kusurlu ve sorumlu olduğunun kabul edilmesi gerektiği belirtilerek temyiz olunan mahkeme kararının bozulmasına karar verilmiştir.

Karardan ve düzenlemelerden de anlaşıldığı üzere; hekimin mesleki becerisi, tıp biliminin gereği ölçüsünde özen gösterme yükümlülüğü; yanında çalıştırdığı bireyler açısından da gerekli olmaktadır. Hekim, verdiği talimatlardaki özen eksikliği nedeniyle de hastanın uğradığı zarar nedeniyle sorumlu tutulabilecektir.

---

<sup>168</sup> Kıcalıoğlu, s. 432; Yılmaz, s. 107-109.

<sup>169</sup> Hancı, s. 147.

<sup>170</sup> Yargıtay 4.HD 16. 1. 2007, 2005/15490 E., 2007/123 K.



#### 4. Müdahalede Kullanılan Araç- Gereçlere Göre Özen Yükümlülüğü

Hekimin bir diğer özen yükümlülüğü ise; müdahalede kullandığı araç gereçlere göre olan özen yükümlülüğüdür. Burada; hekimin hastasına kullanması için verdiği ilaçlar açısından da özen yükümlülüğünün bulunduğu belirtilmesi gerekmektedir.

Hekimler; hastalarına yönelik tedavi ve cerrahi müdahalelerinde; örneğin böbrek biyopsisinde kullanılan bir iğne ya da cerrahide kullanılan aletlerde de özen yükümlülüğüne dayanarak hareket etmekle yükümlüdür. Hekimin buradaki sorumluluğundan söz edebilmek için; kullanılan tıbbi aletlerin bozuk olması, bakım eksikliği nedeniyle bozulması durumu; hekim tarafından alınacak tedbirlerin uygun bir geçerlilik taşımaması; yani hekimin seçtiği ya da kullandığı aletlerde dikkatsiz ve özensiz olması durumunda bu durum daha çok aletlerdeki gerekli bakımın yapılmaması halinde kendisini göstermekte olup; hastanın uğradığı zarar ile aletin hatalı kullanımı ya da aletteki bakımın gerektiği şekilde özenle yapılmamış olması arasında illiyet bağı bulunması halinde hekimin özen yükümlülüğünün ihlali söz konusu olacak ve zarar karşılanacaktır.<sup>171</sup>

Hekimin müdahale kullanılan araç gereçlere göre özen yükümlülüğüne hastaya sağlanan kan ürünleri de dahil edilebilir. Bu konuda örnek bir olaya göre; Siverek'te kan nakli nedeniyle AIDS hastalığına yakalanan kadın ve ailesinin, olayın öğrenilmesiyle toplumdan dışlandığı, hasta kadın ve ailesinin toplumda hiçbir zaman yer almasının mümkün olmadığı, hastanın uğradığı maddi ve manevi zararın yalnızca hastalığın hastanede tedavi edilmesi veya ilaç satın alınması ile ibaret olmadığı ve giderek artan zararların ihtiyaçların ortaya çıkmasının kesinlik olduğu belli olmakta olup; zararın tespitinde buna göre karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir.<sup>172</sup> Dolayısıyla; kan hastalığı olan hastanın tedavisinde verilen kanda da hekimin özen yükümlülüğünü dikkate alarak gerekli tüm tetkikleri yaptırması ve ona göre kan naklini gerçekleştirmesi gerekmekte olup; ortaya çıkan durumda kan naklinde nakil edilen kandaki AIDS nedeniyle; hekimin özen yükümlülüğünün ihlal edildiği arasında illiyet bağı mevcut olmaktadır.

---

<sup>171</sup> Ateş, s. 207.

<sup>172</sup> İnal, s.149.

Hekimin müdahalede kullanılan özen yükümlülüğüne; ilaçtan kaynaklanan özen yükümlülüğü de eklenebilir.

İlaç üreticilerinin doğrudan hastaya ilacı ulaştırması mümkün olmayıp, hekimin aracı olarak ilaç üreticisi firmanın, tüketiciye karşı sadece ürettiği ve sattığı ilaçların belirtildiği şekilde kullanıldığı zaman güvenli olacağını garanti etme sorumluluğu olup; hekim, ilaç ile ilgili tüm bilgileri hastaya aktarmakla yükümlüdür. Bu bilgilerin; kullanım süresi, yan etkiler, ilaç kullanılırken yapılması gerekenler ve dozları gibi konulardır.<sup>173</sup>

Hekimin ilaçtan sorumluluğunda temel nokta ise; hekim tarafından yazılan reçeteye dayandırılmakta olup; reçetede ilacın ismi, dozu, kullanım şekli belirtilmelidir. Bundan kaynaklanan sorumlulukta da hekimin haksız fiil sorumluluğuna gidilecektir.<sup>174</sup> Burada hekim gerekli özeni göstermeyerek hastaya ilacı kullandırmasından dolayı hastanın uğradığı zarardan sorumlu tutulacaktır. İlaç üreticisinin de ayrıyeten sorumluluğu devam edecektir.

#### **D. Özen Sorumluluğunun Türleri**

Hekimin özen sorumluluğu iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. Bunlar;

- hekimin özen yükümlülüğüne aykırılık sebebiyle sözleşmeye dayanan sorumluluğu,
- hekimin sözleşme dışı (haksız fiile dayanan) özen yükümlülüğüne aykırılığıdır.

#### **1. Hekimin Özen Yükümlülüğüne Aykırılık Sebebiyle Sözleşmeye Dayanan Sorumluluğunun Unsurları**

Hekim ile hasta arasındaki tedavi sözleşmesine dayanan hekimin özen yükümlülüğünü ihlalinde sözleşmeye dayanan sorumluluğu TBK m.112 (BK m.96) ile TBK m. 506 (BK m.390) 'ya dayanmaktadır.

TBK m. 112'de; borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlunun, kendisine hiç bir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir.

---

<sup>173</sup> Günday, s. 68.

<sup>174</sup> Günday, s. 70; Petek, Hasan. İlaç Üreticisinin Hukuki Sorumluluğu, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 67, 68.

TBK m. 506'da ise; vekilin üstlendiği iş ve hizmetleri, vekalet verenin haklı menfaatlerini gözeterek sadakat ve özenle yürütmekle yükümlü olduğu; vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde ise, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranışın esas alınacağı düzenlenmiştir.

Bu düzenlemelere göre; hekimin tedavi sözleşmesinden doğan özen yükümlülüğünü yerine getirmediği ya da gerekli şekilde yerine getirmediği takdirde ayrıca hekimin bundan dolayı kusurlu olması halinde; hastanın uğrayacağı zararı karşılamakla yükümlüdür. Hekim; ancak özen yükümlülüğünü yerine getirdiğini, oluşan zararda kusurunun olmadığını ispat ederse zararı giderme yükümlülüğünden kurtulabilir.

Hekimin; tedavi sözleşmesinden kaynaklanan özen yükümlülüğüne aykırılık sebebiyle sorumluluğunun oluşması için<sup>175</sup>;

- özen yükümlülüğüne aykırı bir davranışın varlığı,
- özen yükümlülüğüne aykırı davranıştan bir zarar görülmesi,
- uygun illiyet bağı ve
- kusur unsurlarının bir arada bulunması gereklidir.

#### **a. Özen Yükümlülüğüne Aykırı Davranışın Varlığı**

Tedavi sözleşmesinde; hekimin en önemli borcu tedavi sözleşmesi ile üstlendiği hastanın hastalığının teşhisini, tedavisini, hastalığından kurtulabilmesi için gerekli tüm müdahaleleri yerine getirirken özenle hareket etmek zorundadır.

Hekimin özen borcuna aykırı davranışı, genellikle ifa etmeme veya sözleşmenin ayıplı ifası olarak kabul edilmektedir.<sup>176</sup>

Hekimin özen yükümlülüğüne aykırı davranışına örnek olarak; hastanın hastalığının teşhisinden önce gerekli tetkikleri yaptırmadan karar vermiş olması, hastaya tıbbi müdahale halinde dikkatsiz davranması sonucunda hastanın zarara uğraması, hastalığın teşhisi için gerekli tetkikler yapılmış olmasına rağmen daha fazla ücret ödemesine neden olacak yeni tetkikler istenmesi vb. pek çok davranış; hekimin özen yükümlülüğünün ihlal edildiğini göstermektedir.

---

<sup>175</sup> Yılmaz, s.13; Başpınar, s. 194.

<sup>176</sup> Başpınar, s. 195'ten Bge 117 II, s.563 vd.

Hekimin, özen yükümlülüğünü ihlal ettiğine örnek teşkil edecek diğer durumlar ise; tedavi sözleşmesinden kaynaklanan hastaya tıbbi müdahalenin bizzat kendisi tarafından yapılması gerekliliğinin çiğnenerek tıbbi müdahalenin başka bir hekim tarafından yerine getirilmesi durumu da gösterilebilir. Böyle bir durumda tedavi sözleşmesindeki güven unsuru zedelenmiş olmaktadır.

Söz konusu sözleşmeden kaynaklanan özen yükümlülüğü içinde; hasta hekimini seçmekle birlikte aralarında bir güven ilişkisi kurulmakta; buna dayalı olarak da hasta yaşam hakkını, vücut bütünlüğünü hekime teslim etmektedir. Böyle bir durumda; hekimin hastasına karşı sorumluluğunu bizzat yerine getirme yükümlülüğü vardır. Bunu ihlal ettiği takdirde; özen yükümlülüğünü de ihlal etmiş olacak ve oluşan zarardan sorumlu tutulacaktır.

Hekimin, tedavi sözleşmesinde önemli yeri olan hastanın aydınlatılmış onamını almadan tıbbi müdahalede bulunması da özen yükümlülüğünün ihlaline yol açmaktadır.

Özen yükümlülüğü, diğer yükümlülükler arasında da önem arz ettiğinden her bir yükümlülüğe aykırı hareket edilmesi halinde de hekimin özen yükümlülüğüne aykırı bir davranışının varlığı kabul edilir.

#### **b. Özen Yükümlülüğüne Aykırı Davranıştan Zarar Görülmesi**

Eren<sup>177</sup> tarafından zarar; "bir kişinin mal veya kişilik varlığı değerlerinde iradesine aykırı olarak meydana gelen bir azalma veya eksilme" şeklinde tanımlanmıştır.

Yargıtay'a<sup>178</sup> göre zarar; aktiflerin azalması ya da pasiflerin artması şeklinde malvarlığında meydana gelen irade dışı eksilmedir.

Hekimin, özen borcunu ihlal etmesi sonucunda hastanın gerek malvarlığı gerekse kişilik varlığı değerlerinde bir eksilme meydana gelebilecek; bu eksilmenin malvarlığında meydana geldiği hallerde genellikle maddi zarardan; kişilik varlığı değerlerinde meydana gelen eksilmelerde ise; manevi zarardan bahsedilmektedir.<sup>179</sup>

---

<sup>177</sup> Eren, s. 472.

<sup>178</sup> Kıcalıoğlu, s. 157'den; YHGK 05.07.2000, 2000/2 E., 2000/1124 K.

<sup>179</sup> Başpınar, s. 206.

Yargıtay kararında<sup>180</sup>; davacı hastanın davalı hekim tarafından ameliyat edildiği, hastanın ameliyat sonrasında şikayetlerinin devam etmesi nedeniyle ikinci defa ameliyat olduğu, ameliyat ile çıkartılan yabancı cisim içerisinde dört adet pamuk lifinin bulunduğu anlaşılmaktadır. Vücutta yabancı cisim unutulması; hekimin özen yükümlülüğünün ihlalini göstermektedir. Bu davadaki konunun temeli de vekillik sözleşmesi olduğu, hekimin tıbbi müdahalede bulunurken sonucun elde edilmemesinden sorumlu değilse de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çaba ve yaptığı işlemlerin özenli olmayışından sorumlu tutulacağı; hekimin özenli davranmak zorunda olup; aksi halde en hafif kusurundan bile sorumlu tutulacağı; gereken özeni göstermeyen hekimin, tedavi sözleşmesinden doğan borcunu gereği gibi ifa etmemiş sayılması gerektiği belirtilerek; hastanın zararının hekim tarafından karşılanması gerektiği belirtilmiştir.

Açıklamalar ve Yargıtay kararları ışığında; hekim tedavi sözleşmesinden doğan özen yükümlülüğüne aykırılık oluşturacak bir davranışta bulunduğu ve bu davranışı nedeniyle hastasının zarar görmesi halinde hekimin sorumluluğuna gidilecek, hekim hastanın uğradığı zararı gidermekle mükellef olacaktır.

### **c. Uygun İlliyet Bağı**

Hekimin, özen yükümlülüğüne aykırı davranışı ve bundan dolayı da hastanın zarara uğramış olması hekimin sorumluluğuna gidilebilmesi için yeterli olmamaktadır.

Hekimin sorumluluğuna gidilebilmesi için; hukuka aykırı davranış ile zararlı sonuç arasında sebep- sonuç ilişkisinin bulunması gereklidir.<sup>181</sup>

Hekimin özen yükümlülüğünü ihlal ettiğini iddia eden hasta; hekimin özenli davranmadığını ve bu durum sonucunda zarara uğradığını; davranışı ile zararı arasında illiyet bağı olduğunu ispat etmelidir. Aksi halde; hekimin özenle hareket etmiş olduğu kabul edilir.

Uygun illiyet bağı kesen sebepler ise; sözleşme dışı sorumlulukta olduğu gibi;

-mücbir sebep,

- üçüncü kişinin ağır kusuru,

---

<sup>180</sup> 13.HD 13.04.2011, 2010/13-717 E., 2011/129 K.

<sup>181</sup> Başpınar, s.209'dan Eren, s. 492 vd.; Günergök Avukat, s.170 vd.

- zarar görenin ağır kusurudur.

İllyet için; maddi nedenselliği oluşturan olayların ve olguların çok açık olarak kanıtlanmış olmasının yararı büyüktür. İhmal, özensizlik, dikkatsizlik ve tedbirsizlik gibi eylemler ile yasa, yönetmelik ve genelgelere uyulmaması sonucunda doğan zarar ile eylem arasında da illiyet bağının varlığı kabul edilir.<sup>182</sup>

Yargıtay tarafından verilen kararlarda<sup>183</sup> da; mahkeme tarafından dikkat edilmesi gereken durumun hekimlerin tıbbın gerektirdiği hangi tedavi ve müdahale yöntemini uyguladıkları ile hangilerini uygulamadıklarının tek tek her davalı hekim için ayrı ayrı saptanması gerektiği, hastada meydana gelen zararın ihmal edilen tıbbın gerektirdiği tedavi ve müdahalelerden kaynaklanıp kaynaklanmadığı; sonuçta da zarar ile hekimlerin eylemleri arasında illiyet bağı bulunup bulunmadığının tespitinin gerekliliği; ancak illiyet bağının mevcut olduğu durumlarda hekimin hastanın uğradığı zarardan sorumlu tutulacağı belirtilmiştir.

#### **d. Kusur**

Kusur; olması gereken davranışta gösterilen irade eksikliğidir.<sup>184</sup>

Kusur tanımı kanunda yapılmamış olmakla birlikte; TBK m.49'da (BK m.41) haksız fiillerden doğan borç ilişkilerinde haksız fiil borcunun oluşması için gerekli unsurlar arasında belirtilmiştir.

TBK m. 49'da; kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar verenin, bu zararı gidermekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Buna bağlı olarak; haksız fiil nedeniyle sorumlu olunabilmesi için; mutlaka kusurlu bir davranışın da olması gerekmektedir. Kusurlu bir davranış olmadan yapılan eylemlerde haksız fiil sorumluluğu doğmaz.

Kusurun; hasta ile hekim arasındaki teşhis, tedavi, tıbbi müdahaleler gibi durumlarda ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

---

<sup>182</sup> Kıcalıoğlu, s.159.

<sup>183</sup> Yargıtay 13. HD 25.5.2000, 2000/2892 E., 2000/5141 K.; 19.6.2006 2006/7634 E., 2006/10115 K. vb.

<sup>184</sup> Özpınar, s.62.

Her bir aşamada kusurun hekime izah edilip edilemeyeceği değerlendirilerek; hekimin kusurunun hastaya zarar vermesi sonucunun ortaya çıkması durumunda hekimin haksız fiil sorumluluğuna gidilecektir.

Sorumluluk hukukunda kusur; kast ve ihmal olarak ikiye ayrılmaktadır. Buna göre; kast; hukuka aykırı olan sonucun istenerek ortaya çıkarılması; yani karşısındakinin zarara uğrayacağını bilerek hukuka aykırı davranışta bulunulmasıdır.

İhmal ise; kişi hukuka aykırı sonucu istememekte; ancak o konu hakkında göstermesi gerekli olan özeni ve dikkati göstermemesi nedeniyle zararın ortaya çıkmasıdır. Yargıtay tarafından verilen kararda<sup>185</sup> da; " hastanın karnında pens unutulmasının hoş görülecek bir tarafı olmayan ağır bir özensizlik olduğu" belirtilmiştir.

Tıbbi kusur; tıbbın kötü ya da yanlış uygulaması olup; tıp bilimi tarafından tanınıp bilinen ve tıbben de kabul edilmiş olan mesleki kuralların, hekim tarafından tıbbi özen yokluğu ya da eksikliği nedeniyle ihlal edilmesidir. Mesleki kusurun kanıtlanmasındaki yük ise; "kusur karinesi" nedeni ile hastanın değil hekimin üzerindedir.<sup>186</sup>

Hekim ile hasta arasındaki ilişkilerinde uygulanması için ayrı bir kanun bulunmadığından genel kanunlara göre çözümler yapılacaktır. Buna dayalı olarak; hekimin haksız fiil sorumluluğu nedeniyle oluşacak zararın, kusurun tespiti ve ispatlanması ve tazminatın belirlenmesi konularında da TBK ilgili maddeleri uygulanacaktır. Buna göre;

TBK m. 50 (BK m.42)'de; zarar görenin zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altında olduğu; uğranılan zararın miktarının tam olarak tespit edilememesi durumunda hakim, olayların olağan akışına ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önüne alarak zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirleyeceği düzenlenmiştir. TBK m.51 (BK m.43)'de ise; hakim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirleyeceği düzenlenmiştir.

Tıbbi müdahaleler sonucunda kusurlu olarak ortaya çıkan zararlarda da; hasta; zararını ispat etmekle yükümlü olup; hekim, oluşan zarardan dolayı;

---

<sup>185</sup> Yargıtay 4.HD. 1976/4260 E., 1976/1393 K.

<sup>186</sup> Kıcalıoğlu, s. 424, 425.

kusurlu olmadığını ispat etmedikçe bu yükümlülükten kurtulamayacaktır. Mahkemelerde; hekimin hastaya verdiği zararın ve kusurun tespiti; mutlaka o konu hakkında deneyimli, bilgi sahibi bilirkişilerden alınan raporlara bağlı kalınarak; gerekçeli olarak açıklanması suretiyle verilmektedir. Ancak; günümüzde mahkemeler tıbbi müdahalelerin ve hekim ile hasta arasındaki ilişkilerde tıp biliminin ayrı bir özellik göstermesi, uzmanlık gerektirmesi nedeniyle; gerekli donanıma sahip olamayan mahkemeler tarafından karar verilmesi; kararda yalnızca bilirkişi raporuna dayanılması ve bilirkişi raporlarında belirtilen hususlar hakkında eksik ya da içeriği hakkında herhangi bir bilgi sahibi olunmadan karar verilmesi yanlış sonuçlar doğurmaktadır. Bu nedenle; mahkemelerin kusur tespiti yaparken hekim ile hasta arasındaki ilişki hakkında tıp biliminin kabul edilen değerlere, özene bağlı kalınarak yapılarak yapılmadığının ayrıntılı bir şekilde değerlendirilmesi; tek bir bilirkişi raporuyla bağlı kalınmaması ve bu konuda mahkemelerin uzmanlaştırılması gerekmektedir.

Nitekim; Yargıtay tarafından verilen bir kararda<sup>187</sup>; davacının; rahatsızlığı nedeniyle davalı hekim tarafından muayene edilip; tahlil ve film sonuçlarına göre kendisine reçete yazılıp, ilaçların kullanılarak on gün sonra kontrole gelinmesinin söylendiği; ancak dokuzuncu günde kullandığı ilaçlar nedeniyle mide kanaması geçirdiğini ve buna bağlı olarak ameliyat olmak zorunda kaldığını belirtilerek tazminat istenen davada; davanın temeli; hekimin özen yükümlülüğüne dayandırılmış; hekimin meslek alanı içinde olan tüm kusurlarının, hafif bile olsa sorumluluğunun unsuru olarak kabul edilmesi gerektiği, hekimin hastasının zarar görmemesi için mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almakla yükümlü olduğu belirtilerek; mahkemece istenen bilirkişi raporuna göre; olaya konu mide ilacının mide bağırsak sisteminde rahatsızlığı bulunan hastalarda dikkatli kullanılması, mümkünse kullanımından kaçınılması, mide kanamasının bu tür ilaçların beklenebilecek yan etkisi olduğundan, kullanılmasının zorunluluk arz ettiği durumlarda mide koruyucu bir ilaçla birlikte kullanılmasının uygun olacağı belirtilmesine karşın hekim beyanı gözetilerek hastanın önceden uyarılmış olduğunun kabulü ile ortaya çıkan komplikasyonların tamamen ilacın yan etkisi olduğu, davalı hekimin kusurunun

---

<sup>187</sup> Yargıtay 13.HD. 19.10.2006, 2006/10057 E., 2006/13842 K.



olmadığı yönünde mahkeme tarafından karar verilmesinin; davacıya uygulanan tedavide hekimin hata ve kusurunun bulunup bulunmadığı, Üniversiteden seçilecek üroloji, gastroloji ve dahiliye uzmanları tarafından üç kişilik bilirkişi heyeti tarafından verilecek gerekçeli, açıklamalı, denetime elverişli raporla belirlenerek, ona göre hastanın zararında hekimin kusurunun olup olmadığının tespit edilmesi gerektiği belirtilerek; mahkeme kararının bozulmasına karar verilmiştir. Söz konusu karardaki önem; eksik bilirkişi raporu ve gerekçeli bir rapor olmadan mahkemenin olayı ayrıntılı bir şekilde ele almadan karar vermesi ve bu durumda; hekim ile hasta arasındaki güven ilişkisinin verilen eksik kararlar nedeniyle zedelenmesine yol açmaktadır. Bu nedenle; mahkemelerin ayrıntılı raporlar ve tek kişili heyet raporları ile karar vermesi ve her duruma göre bunu değerlendirmesi gerekmektedir.

Özen yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle oluşan zararda; kusur ihmal şeklinde kendini göstermektedir.

İhmal; doktrinde; bilinçli ve bilinçsiz ihmal olarak ikiye ayrılır. Bilinçli ihmalde; hekim, davranışının hastasına zarar verebileceğini dolayısıyla hastasına karşı borcunu yerine getirmeyeceğini bilmektedir. Bilinçsiz ihmal durumunda ise; hekim; davranışının hastasına zarar verebileceğini ve hastasına karşı yükümlülüklerini ihlal ettiğini bilmemekte ancak gerekli özeni gösterseydi bilebilecek durumda olmaktadır. Hekim ile hasta arasındaki ilişkilerde; hekimin hafif ihmalinde dahi; sorumluluk ortadan kalkmaz. Hekimin; özen yükümlülüğünün ihlali nedeniyle sorumluluktan kurtulabilmesi için; kendisine hiç bir kusurun yüklenemeyeceğini ispatlaması gerekmektedir.<sup>188</sup>

Açıklamalara bağlı olarak; hekimin hastası ile aralarındaki tedavi sözleşmesine bağlı olan özen yükümlülüğüne aykırılık sebebiyle sözleşmeye dayalı olarak özen yükümlülüğü ihlali sorumluluğuna gidilebilmesi için;

- hekimin özen yükümlülüğüne aykırılık teşkil edecek bir davranışının olması,
- hekimin özen yükümlülüğüne aykırılık gösteren davranışı nedeniyle hastasının zarara uğraması,
- hekimin özen yükümlülüğünün ihlaline sebep olan davranışı ile hastasının uğradığı zarar arasında illiyet bağının bulunması ve

---

<sup>188</sup> Başpınar, s.211-215.

- hekimin özen yükümlülüğüne aykırılık teşkil eden davranışında kusurlu olması gerekmektedir.

Hekimin hastasına karşı özen yükümlülüğünün ihlaline teşkil eden durumun ortaya çıkmasında; kusurun önemi bulunmaktadır. Kusur; sorumluluk hukukunda önem taşımakta olup; hekimin kusurunun hafif ya da ağır olmasında yalnızca tazminat miktarında farklılıklar ortaya çıkmakta; hafif kusurda dahi hekimin özen yükümlülüğünü ihlali nedeniyle sorumluluğuna gidilecektir.

## **2. Hekimin Sözleşme Dışı (Haksız Fiil) Özen Yükümlülüğüne Aykırılığı**

Hekimin hastası ile arasındaki tedavi sözleşmesinden kaynaklanan özen yükümlülüğü olduğu gibi; hekim ile hasta arasındaki sözleşme olmadan haksız fiile dayanan özen yükümlülüğü de bulunmaktadır.

Hekimler açısından sorumluluklar adına; ayrı bir kanunda düzenleme mevcut olmadığından; genel kanun hükümlerine göre değerlendirilir. Buna göre; TBK haksız fiil hükümlerine başvurulması gerekmektedir.

Haksız fiil sorumluluğu; TBK m. 49 (BK m. 41)'da düzenlenmiş olup; kusura ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Dolayısıyla; hekim de özen yükümlülüğüne aykırı bir davranışıyla hastasına kusuru ile zarar veren hekim hastasının uğradığı zararı gidermekle mükellef olacaktır.

Hekimlerin sözleşme dışı özen yükümlülüğüne aykırılık için de; haksız fiilin tüm unsurlarının yer alması gerekmektedir.

Hekimlerin eylemlerine göre kusurlarında; teşhis ve tedavi kusuru ile teşhis ve tedavi dışındaki kusurları bulunmaktadır. Teşhis ve tedavi kusurunun ortaya çıkabilmesi için; tehlikeli sonucun öngörülebilir olması, tıbbi eylem- teşhis ve tedavi olması gerekmektedir.<sup>189</sup>

Teşhis ve tedavi kusurlarında; izin verilen bir risk unsuru mevcuttur.

Hekim; gerekli dikkat ve özeni göstererek hareket edecek; özen yükümlülüğüne uygun hareket ederek görevini yerine getiren hekim için, kusurdan ve zarardan da söz edilemeyecektir.

Tıbbi müdahaleler, her zaman zararlı sonuçların meydana gelmesi ihtimali olan hareketleri içerir. Ağır cerrahi müdahaleler yapılması, kan alınması, biyopsi

---

<sup>189</sup> Aşçıoğlu, s. 72.

yapılması gibi pek çok tıbbi müdahale mevcut olup, az veya çok riskli hareketleri bünyesinde bulundurmaktadır. Bu nedenle; hastada meydana gelen zarar, tıp bilimince kabul edilen, izin verilen riskin sınırlarında kalmış ise; kusurdan söz edilemeyecek; dolayısıyla hekimin sözleşme dışı (haksız fiil) sorumluluğuna gidilemeyecektir.<sup>190</sup>

Hekimin teşhis ve tedavi kusurunun ortaya çıkması için; tehlikeli sonucun öngörülebilir olması gerekmektedir. Kusurun varlığı için; bilinebilme ile zararlı sonucun öngörülebilir olması zorunluluktur.

Yargıtay tarafından verilen kararda<sup>191</sup> kusurun tespitinde, tehlikeli sonucun öngörülebilir olması ve önlenebilir olmasının araştırılması ve bu unsurlara göre sonuca varılması gerekmekte olduğu belirtilmiştir. Kararda; hekimin şok yapma ihtimali bulunan bir ilacı verirken hastayı ve yardımcı personeli uyarması ve gerekirse enjeksiyonu bizzat yapması gerektiği; sonuçların önlenebilecek bir uygulama tarzı bulunmadığının açıkça belirlenmesine bağlı olduğu; bu verilen raporda eksiklik bulunduğu, hekimin uygulamayı bizzat yapmamış veya yapacak kişiyi uarmamış olması durumunda hekimin sorumlu olacağı; aynı zamanda onu çalıştıran kişinin de sorumlu olacağı bu nedenle raporda tüm bu hususlara da değinilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Hekimin tıbbi yardımından doğan kusurundan söz edilebilmesi için; hekimin mesleki kuralları uygulamasında dikkatsizlik, tedbirsizlik ve acemilik göstermesi de gerekmektedir. hekim için, teşhisin önemi büyük olup; hastalığın tam teşhisi yapılmadan yapılacak tedavilerde doğacak zarardan hekim sorumlu olacaktır.<sup>192</sup>

Yargıtay tarafından verilen bir kararda<sup>193</sup>; basit bir parmak muayenesiyle biyopsi yapmadan, rektum kanseri teşhisi konulmasında hekim teşhisi koyarkenki özensizliği nedeniyle hasta gereksiz yere ameliyat olarak, ömür boyunca büyük abdestini karnından yapmak zorunda kalmış; bu durumda davalı hekimin yüzde yüz kusurlu olduğuna; teşhis sırasında özen yükümlülüğünü tamamen ihlal ederek kusurlu bir şekilde tıbbi müdahalede bulunduğu karar verilmiştir.

---

<sup>190</sup> Aşçıoğlu, s. 72.

<sup>191</sup> Yargıtay 4.HD 13.3.1973 1973/2684 E., 1973/2978 K.

<sup>192</sup> Aşçıoğlu, s. 75.

<sup>193</sup> YHGK, 16.2.1972 1971/4-137 E., 1971/105 K.

Hekimlerin tedavi ve teşhis dışındaki kusuru nedeniyle de özen yükümlülüğü ihlali söz konusu olabilmektedir. Çünkü; hekimler, tıbbi müdahalelerini yaparken yalnızca tıbbi kurallarla bağlı olmayıp, mesleki yükümlülüklerine ve genel hayat tecrübelerine göre de hareket edilmesi gerekmektedir. Buna göre; hekimler genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadır.<sup>194</sup>

Yargıtay tarafından verilen kararda<sup>195</sup>; hekimlerin kalp krizi geçiren hastaya müdahaleden kaçınması sonucu meydana gelen hasta ölümünden hekimlerin kusurları nedeniyle sorumlu oldukları belirtilmiştir. Bu kararın dayanağında; hekimlerin mesleki kurallarına itibar etmemesi ve aynı zamanda genel hayat tecrübelerine göre gerekli dikkat ve özen yükümlülüğünü göstermemeleri etkili olmuştur.

Hekimin sözleşme dışı özen yükümlülüğünün ihlali halinde; hasta hekimin özen yükümlülüğüne aykırı hareket ettiğini yani kusurlu olduğunu ispat etmekle yükümlüdür. Zarar gören hasta, ispat yükünü yerine getirmişse, hekim ancak meslek kurallarına aykırılığın, özel olayın hal ve şartlarına göre bir kusur oluşturmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir.<sup>196</sup>

Tıbbi müdahalelerde aniden ve umulmadık, hastaya zarar verici şekilde ortaya çıkan durumlara komplikasyon denilmekte olup; komplikasyonlar hekimlerin özen yükümlülüğü haricinde ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, hekimlerin oluşan beklenmedik durum yaratan komplikasyonlar nedeniyle sorumluluğuna gidilemeyecektir. Komplikasyonlar açısından genel kabul olarak; gerekli özen gösterilmesine karşın neticenin gerçekleşmiş olduğu; yani hastanın zararının gerçekleştiği kabulüdür.<sup>197</sup>

Açıklamalara dayanılarak; hekim ile hasta arasındaki tedavi sözleşme haricindeki ilişki; haksız fiile dayanan sorumluluğa göre çözümlenecek olup; hekimin özen yükümlülüğünün sözleşme dışı ihlalinin oluşabilmesi için; haksız fiil unsurlarının yer alması gerekmektedir. Bu unsurlar arasındaki kusur unsurunun ise özen yükümlülüğü ile önemli bağlı bir ilişkisi olup; buna dayalı

---

<sup>194</sup> Aşçıoğlu, s. 82.

<sup>195</sup> Yargıtay 4.HD 9.11.1967, 1967/2548 E., 1967/8440 K.

<sup>196</sup> Özpınar, s.65'ten Kaneti, S, s. 72, 73.

olarak hekimin haksız fiil sorumluluğuna gidilebilecek; hastanın hekim tarafından özensiz tıbbi müdahalesi nedeniyle uğradığı zararı karşılatılacaktır.

#### **E. Özen Yükümlülüğünden Doğan Sorumluluğun Sona Ermesi**

Borç ilişkisini sona erdiren sebepler; hekimin hastasına karşı olması gereken özen yükümlülüğünün de sona ermesine neden olmaktadır.

Borç ilişkisini sona erdiren sebepler;

-ifa,

-bozma sözleşmesi,

-fesih,

-dönme,

-geri alma ve iptal yanında

-ifa imkansızlığı,

-ibra,

-sürenin sona ermesi,

-alacaklı ve borçlu sıfatı birleşmesi,

-borcun yenilenmesi,

-takas ve

-zamanaşımıdır. Ancak; borç ilişkisini sona erdiren sebeplerden olan fesih ve iptal; vekâlet sözleşmesinde uygulama alanı bulamayacakları gibi; tedavi sözleşmesi için de uygulama alanı bulamaz.<sup>198</sup>

Tedavi sözleşmesi ilişkisinin sona ermesiyle birlikte; özen yükümlülüğü de sona ermektedir. Özen yükümlülüğünün sona ermesi; TBK m.131 (BK m.113) ile TBK m.512 (BK m.396) ve TBK m. 513 (BK m.397) maddelerine dayanmaktadır.

TBK m.131'de asıl borca bağlı hak ve borçların sona ermesi düzenlenmiş olup; düzenlemede; asıl borcun ifa ya da diğer bir sebeple sona ermesi halinde, rehin, kefalet, faiz ve ceza koşulu gibi buna bağlı hak ve borçların da sona ermiş olacağı düzenlenmiştir.

TBK m. 512'de; vekalet sözleşmesinin sona erme sebeplerinden tek taraflı sona erdirme sebebi düzenlenmiş olup; düzenlemede; vekalet veren ve vekilin, her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebileceği; ancak uygun

---

<sup>198</sup> Başpınar, s. 274.

olmayan zamanda sözleşmeyi sona erdiren tarafın, diğerinden bundan doğan zararını gidermekle yükümlü olduğu belirtilmiştir.

TBK m.513'te ise; ölüm, ehliyetin kaybedilmesi ve iflas düzenlenmiş olup; sözleşmeden veya işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça sözleşmenin, vekilin veya vekâlet verenin ölümü, ehliyetini kaybetmesi ya da iflası ile kendiliğinden sona ermiş olduğu; vekaletin sona ermesinin vekalet verenin menfaatlerini tehlikeye düşürdüğü durumda vekalet veren veya mirasçısı ya da temsilcisi, işleri kendi başına görebilecek duruma gelinceye kadar vekil veya mirasçı ya da temsilcinin, vekaleti ifaya devam etmekle yükümlü olduğu belirtilmiştir.

Söz konusu düzenlenen maddeler; hekim ile hasta arasında tedavi sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerin sona ermesinde de uygulanacağından; bu maddeler hekim ile hasta arasındaki özen yükümlülüğünün sona ermesinde de dikkate alınır.

Bu düzenlemelere göre hekim ile hasta arasındaki özen yükümlülüğünden doğan sorumluluğun sona ermesi;

- ifa ile,
- azil ve istifa ile,
- ölüm, ehliyetsizlik veya özel sağlık kurumlarının iflası ile olması mümkündür.

TBK m.131 gereğince; tüm sözleşmelerin genel sona erme sebebi ifa olup; hekim ile hasta arasındaki tedavi sözleşmesinden kaynaklanan dikkat ve özeni göstererek hekim; gerekli teşhis, tedavi ve tıbbi müdahaleleri yapmışsa tedavi sözleşmesinden doğan borcunu ifa etmiş olur.

Hekim, tedavi sözleşmesinden doğan edimini tıp kurallarına uygun olarak yerine getirir, özenli bir şekilde davranırsa, hasta beklediği sonucu elde edemese de hekimin sorumluluğuna gidilemez ve sözleşme sona erer.<sup>199</sup>

TBK m.506'ya (BK m.390) göre; vekil, vekalet borcunu bizzat ifa etmekle yükümlü olup; ancak vekile yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı hallerde vekilin, işi başkasına yaptırabileceği düzenlenmiştir. Bu konuda sorumluluk; TBK m.116'da yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk adı altında düzenlenmiş olup; borçlunun, borcunu ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar

---

<sup>199</sup> Yılmaz, s. 60; Fidan,Nurten. " Hekimin Tıbbi Müdahaleleri Nedeniyle Sorumluluğu", Taad Cilt: 1 Sayı:3 2010, s. 612, 613.

gibi yardımcılara kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlü olduğu; yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluğun, önceden yapılan bir anlaşma ile tamamen veya kısmen kaldırılabilceği de belirtilmiştir.

Düzenlemelere bağılı olarak; hekimin de borcunu bizzat yerine getirmesi gerekmekte olup, ancak bazı istisnai durumlarda hekimin işi bir başkasına yaptırması ya da bir başkasından yardım talep etmesi mümkün olmaktadır.

Yargıtay tarafından verilen bir kararda<sup>200</sup>; davacı hastanın, davalı hekime ait özel hekim muayenehanesinde hasta küçük çocuklarına diğer davalı hekim tarafından iğne yapıldığını ve yapılan enjeksiyon nedeniyle hasta çocuğun bacağında fonksiyon kaybı olduğu, uzun süre tedavi ettirdikleri, sakat kalacak diye koktuklarını belirterek maddi manevi tazminat talebinde bulunulan davada; davalılardan biri olan hekimin muayenehanesinde diğer davalının hemşire olarak çalıştığının anlaşıldığı, BK uyarınca; bir borcun ifasını veya bir borçtan kaynaklanan bir hakkın kullanılmasını kendisi ile beraber yaşayan şahıslara veya himayesinde çalışanlara ve de kanuna uygun surette tevdi eden kişilerin bunların işlerini icrası sırasında ortaya çıkan zarardan dolayı diğer tarafa karşı sorumluluğunun olduğu belirtilerek davalı hekimin, yardımcı kişinin fiilinden doğan sorumluluğu kapsamında davacı hastaya karşı sorumlu olduğu kabul edilerek, davalı muayenehane sahibi hekim açısından davanın kabulü yerine reddine kara verilmesi hükmünün bozulmasına karar verilmiştir.

Hekimin, özen borcundan doğan sorumluluğunun sona ermesinde önemli diğer bir sebep ise; ifanın kusursuz olarak sonradan imkansız hale gelmesidir. Bu tür imkânsızlıkta; hekimin söz konusu yükümlülüğünü sona erdirmesi, hekimin o işi bizzat yapması gerekli olduğu için önem taşımaktadır. Örnek olarak; ameliyat olmak için hekimini seçen bir hastanın, ameliyat tarihine yaklaşıldığında ameliyatı yapmayı üstlenen hekimin elini kaybetmesi durumunda vekilin özen yükümlülüğü sona erecektir.<sup>201</sup>

Tedavi sözleşmesi; temelinde hasta ile hekim arasındaki güven ilişkisine dayandığından; tedavi sözleşmesinden kaynaklanan özen yükümlülüğünün sona ermesinde diğer bir etken de; azil ve istifadır. Vekalet sözleşmesi ile hukuki

---

<sup>200</sup> Yargıtay 13.HD 22.5.2003, 2003/2333 E., 2003/6348 K.

<sup>201</sup> Başpınar, s. 275.

niteliği benzer olan tedavi sözleşmesine de vekalet sözleşmesi hükümleri uygulanacağından; TBK m. 512'ye göre; tedavi sözleşmesinin hasta veya hekim tarafından her zaman tek taraflı olarak sona erdirilebileceği anlaşılmaktadır. Ancak; uygun olmayan zamanda tedavi sözleşmesinin sona erdirilmesi halinde; buna örnek olarak acil müdahaleyi gerektiren haller, hastanın zaman kaybetmemesi gereken olaylarda olduğu gibi, sözleşmeyi sona erdiren tarafın diğerinin bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür. Eğer hasta da hekime başvurmuş gerekli tetkiklerini yaptırmış herhangi bir ücret ödemedi hekimin kendisinden masraf yapmasına neden olmuş ve bunları ödemedi hemen sözleşmeyi sona erdirmesi halinde; hekimin yapılan tetkiklerin borcunun ödenmemesi nedeniyle uğradığı zararın hasta tarafından karşılanması gerekmektedir.

Tedavi sözleşmesindeki özen yükümlülüğünün sona ermesinin TBK'a bağlı nedenlerinden bir diğeri de, ölüm, ehliyetsizlik veya iflas durumlarının ortaya çıkmasıdır.

İflas konusunda; özel sağlık kurumlarının ehliyetini kaybetmesi veya iflası örnek olarak verilebilir.<sup>202</sup>

İflas; ticaret mahkemesince iflasına karar verilmiş bir borçlunun, haczedilebilen bütün mal varlığının cebri icra yoluyla paraya çevrilip bundan bilinen bütün alacaklarının tatmin edilmesini sağlayan toplu (külli) bir cebri icra yoludur.<sup>203</sup> İcra İflas Kanununun (İİK) uygulama alanına göre; genel iflas sebebi; borçlunun muaccel (vadesi gelmiş) bir borcunu, iflas davasına rağmen ödememesi kabul edilmiştir. İİK m.179'da; sermaye şirketleri (anonim ve limited şirketler ile kooperatifler) bakımından genel iflas sebebinden başka bu şirketlerin pasifinin aktifinden fazla olması da ayrı bir iflas sebebi olarak kabul edilmiştir. İİK m. 43'te, iflas yoluyla takibin ancak Ticaret Kanunu gereğince sayılan veya tacirler hakkındaki hükümlere tabi bulunanlar ile özel kanunlarına göre tacir olmadıkları halde iflasa tabi olan hakiki veya hükmi şahıslar hakkında yapılacağı düzenlenmiştir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m.18'de de; tacirin her türlü borcu için iflasa tabi olduğu düzenlenmiştir.

---

<sup>202</sup> Yılmaz, s. 65.

<sup>203</sup> Kuru, Baki; Arslan Ramazan; Yılmaz, Ejder. İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Gözden Geçirilmiş 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s. 454, 455.



<sup>204</sup> TTK gereğince iflasa tabi olan kişiler; gerçek kişiler veya tüzel kişilerdir. Bunlar ise; gerçek kişilerden tacir; bir ticari işletmeyi kısmen dahi olsa kendi adına işleten kimsedir. Tüzel kişiler ise; ticaret şirketleri, amacına varmak için bir ticari işletme işleten dernekler ve kamu tüzel kişileri tarafından kurulan teşekkül ve müesseselerin tacir sayılanlarıdır. 29.06.1956 tarihli Ticaret Sicili Tüzüğü m. 49'da; iflasın, iflas memuru tarafından sicil memuruna bildirilmesi üzerine işletmenin durumundaki değişikliğin re'sen tescil olunacağı belirtilerek, şirket iflasının tescilinde nelerin yer alması gerektiği de düzenlenmiştir. Tüm bu düzenlemelere göre; özel hastane ya da özel sağlık kuruluşları da ticari işletme sayılacağından iflasa tabidir.

Ölüm ve ehliyetsizliğin özen, her türlü borcu için ifa yükümlülüğünü sona erdirme nedeni; vekalet sözleşmesinde olduğu gibi tedavi sözleşmesindeki güven unsurunun önemidir. Hastasını özenle tedavi etmekle yükümlü olan bir hekimin ölümü ya da ehliyetini kaybetmesi durumunda hastasını tedavi imkanı ortadan kalkmış olacağından hekimin özen yükümlülüğü sona erebileceği gibi, tedavi sözleşmesi de sona erer.<sup>205</sup> Ancak; hekim ile hasta arasında tedavi sözleşmesinden doğan özen yükümlülüğünün hastanın ehliyetini kaybetmesi durumunda sona ermesi söz konusu olmamalıdır.<sup>206</sup>

Açıklanan nedenler ile birlikte; tedavi sözleşmesini sona erdiren nedenlerden bir tanesinin ortaya çıkması halinde; hekimin özen yükümlülüğü de sona ermiş olacaktır.

## **F. Özen Yükümlülüğünün İhlali Sonuçları**

Hekimin özen yükümlülüğü; asli edime bağlı bir yan yükümlülük olduğundan bu yükümlülüğün ihlali halinde tek başına dava edilemez. Yani; özen yükümlülüğünü ihlal eden hekime karşı, özensizliğe dayanarak değil, asli edimin buna bağlı olarak hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesine bağlı olarak dava açılabilir.<sup>207</sup>

---

<sup>204</sup> Kuru, s.456.

<sup>205</sup> Başpınar, s. 275.

<sup>206</sup> Yılmaz, s. 65.

<sup>207</sup> Başpınar, " *Yargıtay Uygulamaları Açısından Hekimin Özen Borcunun Tıbbi Standartlarla İlişkisi*", s. 388.

Özen yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle ortaya çıkan davalar da hekimliğin kötü uygulamasına yani tıbbi malpraktise dahil olmaktadır. Buna bağlı olarak; malpraktis; bir meslek sahibini; mesleğini uygularken o mesleğin gerektirdiği ortalama dikkat ve özen ile uygulanması gereken bilgi ve becerilerini, saygın bir meslek sahibi olarak her koşul altında göstermemesi sonucunda hizmet alan kişiye zarar vermesidir. Tıbbi malpraktis ise; tıbbi uygulamalarda bulunan hekim veya yardımcı personelin mesleğin gerektirdiği ortalama dikkat ve özeni göstermemesi nedeniyle yapılan " tıbbi hatadır." Hekimin mesleki hataları da genellikle kendisini; dikkatsizlik ve özensizlik şeklinde göstermektedir. Bu nedenle; özen yükümlülüğünü ihlal eden bir hekimin sorumluluğunda; tıbbi malpraktise dayanılarak; hastanın zararı karşılanmaya çalışılacaktır.

TTB'nin yayınladığı " etik ilkeleri" m.13'e göre; bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesinin hekimin kötü uygulaması anlamına geldiği düzenlenmiştir.<sup>208</sup> Bu nedenlerle; hekimin özen yükümlülüğüne aykırılık sebebiyle beklenen sonucun gerçekleşmemesi halinde; tazmin sorumluluğu ortaya çıkacaktır.<sup>209</sup>

Yargıtay tarafından mesleğini belirli bir diploma ve ruhsat ile icrat eden kişilerin özen yükümlülüğünü ihlali halinde onunla sözleşmenin devam etmesinin beklenemeyeceği bu halde sözleşmenin haklı sebepten dolayı feshinin kabulünün gerektiği kabul edilmektedir.<sup>210</sup>

Özen yükümlülüğünün ihlali sonucunda; hekim tarafından hastanın zararı belli bir tazminat ödemek şeklinde karşılanacaktır. Hekim hastasının hem maddi hem de manevi zararını tazmin etmekle yükümlüdür. Zarara uğrayan hekim, hastasıyla arasındaki tedavi sözleşmesine dayanabileceği gibi haksız fiile de dayanabilmektedir. Bu durumda; hekim ya sözleşmeye ya da haksız fiile dayanarak zararın karşılanmasını tazmin edebilecektir. Hekim, maddi ve manevi tazminat şeklinde hastasının zararını karşılamakla mükelleftir.<sup>211</sup>

Maddi tazminat; zarara uğrayan hastanın maddi zararını tazmin etmeye yöneliktir.

---

<sup>208</sup> Kıcalıoğlu, s.47.

<sup>209</sup> Sarıtaş, s. 132 vd.; İpekyüz s. 145 vd.

<sup>210</sup> Yargıtay 3.HD 4.6.1998, 1998/1857 E., 1998/6257 K.

<sup>211</sup> Özpınar, s. 90.

Özen yükümlülüğünün ihlaline dayanan maddi zarar; özen yükümlülüğüne bağlı kalınarak tıbbi müdahalenin gerçekleşmiş olması halinde hastanın kavuşacağı sağlık durumu ile yapılan hatalı tedavinin gerçek sonuçları arasındaki parayla ölçülebilen farktır.<sup>212</sup>

Hekimin, kusurlu eyleminden dolayı özen yükümlülüğüne aykırı davranması halinde bir başka hekime teşhis, tedavi masrafları, hastane ulaşım giderleri, ekonomik kayıplar, ölüm halinde maddi zararlar, destekten yoksun kalma halinde hak sahiplerinin uğradığı zararlar maddi zarara örnek olarak gösterilmektedir.<sup>213</sup>

Tazminat; TBK m. 51 (BK m. 43) 'den itibaren düzenlenmiş olup, düzenlenen hükümlere göre hekimin tazminat sorumluluğuna gidilecektir.

TBK m.51'de; hakimin, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereği ve özellikle kusurun ağırlığına göre belirleyeceği;

TBK m. 53'te; ölüm halinde uğranılan zararların özellikle;

-cenaze giderleri,

-ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar,

-ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıpları olduğu düzenlenmiştir.

TBK m. 54'te; bedensel zararlar özellikle;

- tedavi giderleri,

- kazanç kaybı,

- çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar,

- ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar olarak sıralanmıştır.

TBK m. 55'te ise; tazminatın belirlenmesi düzenlenmiş olup; destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararların, bu kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemelerin bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemeyeceği, zarar veya tazminattan indirilemeyeceği; hesaplanan tazminatın miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile arttırılmayıp azaltılamayacağı; bu kanun hükümlerinin her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı

---

<sup>212</sup> Yılmaz, s. 65.

<sup>213</sup> Özpınar, s. 91.

vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanacağı düzenlenmiştir.

Bu madde hükümlerine dayanarak; hastanın hekimin kusurlu davranışı nedeniyle, özen yükümlülüğünü ihlali nedeniyle uğradığı zararın giderilmiş olması amaçlanmaktadır.

Özen yükümlülüğünün ihlali sonucunda hastanın zararını giderme davalarından bir tanesi de manevi tazminat davalarıdır. Manevi tazminat davasından söz edilebilmesi için; zarara uğrayan kişinin manevi bir zarara uğramış olması gerekmektedir.

Manevi zarar; mağdurun kişiliğine yapılmış bir saldırı sonucu duyduğu fiziki ve psikolojik ıstıraplardır. Manevi tazminat istemi; kişilik hakkı hukuka aykırı olarak tecavüze uğrayan kişinin duyduğu manevi acının, elem ve ıstırapın giderilmesine yöneliktir.<sup>214</sup>

Hasta ile hekim arasındaki tedavi sözleşmesi gereğince; hekim, hastayı tedavi etme; hasta ise bu edimi karşılığında belirli bir bedeli ödemekle yükümlü olup; hekimin edimini ifa etmesi ile alacaklı hastanın elde ettiği menfaat, manevidir. Hekimin, hastayı tedavi etme ve gerekli özeni gösterme yükümlülükleri hastanın beden bütünlüğü üzerindeki kişilik hakkını korumayı amaçlamaktadır.<sup>215</sup>

Hekimin, hastanın uğradığı manevi zarar nedeniyle manevi tazmin sorumluluğu; TBK m. 56'da düzenlenmiştir.

TBK m.56'da; hakimin, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verilebileceği; ağır bedensel zarar veya ölüm halinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verileceği düzenlenmiştir.

Manevi tazminatın amacı; zararı gören kişinin uğramış olduğu zararı, acı ve üzüntüleri dindirecek veya azaltacak bir durumun sağlanmasıdır.<sup>216</sup>

---

<sup>214</sup> Özpınar, s.96.

<sup>215</sup> Arıdemir, Arzu Genç. Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2008, s. 86.

<sup>216</sup> Öztürkler, s.155.

Manevi tazminatın düzenlendiği maddeden de anlaşıldığı üzere; manevi tazminatta kusur unsuru aranmamaktadır. Dolayısıyla; hekimin özensiz bir davranışı sonucunda hastanın manevi zarar görmesi durumunda hekim tarafından manevi tazmin sorumluluğu doğacaktır. Dolayısıyla; hekimin özen yükümlülüğüne aykırılığında ayrıca kusurlu olması aranmayacaktır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararında<sup>217</sup>; ameliyat sonucu ölüm olayında manevi tazminatta kusurun gerekmediği ancak taktirde etkili olabileceği belirtilmiştir.<sup>218</sup>

Açıklanan nedenler ve belirtilen Yargıtay kararlarına göre; özen yükümlülüğünün ihlali sonucunda hekimin gerekli özeni göstermemesi nedeniyle hastasının uğrayacağı maddi zararı; maddi tazminat adı altında; manevi zararı ise manevi tazminat adı altında karşılama yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır.

### **G. Özen Yükümlülüğüne Aykırılık Nedeniyle Hekimin Malpraktis Sorumluluğu<sup>219</sup>**

Hekimin malpraktis sorumluluğunun belirlenmesinde; malpraktis konusunun ortaya çıktığı durumların da ayrı ayrı değerlendirilmesi yarar sağlamaktadır.

Bu nedenle; malpraktis konusu değerlendirilirken; hekimin;

- hasta kabulde,
- acilde,
- teşhiste,
- tedavide malpraktis sorumluluklarının durumlara göre ayrı ayrı değerlendirilmesi malpraktis konusunun anlaşılmasında ve olayla göre malparaktise başvurulmasında açıklayıcı olmaktadır.

#### **1. Hasta Kabulde Malpraktis Sorumluluğu**

Hasta, hekime başvurduğunda hekimin hastaya özenle ifade bulunması; yani tedavi etmesi gerekmektedir. Ancak; buradaki durumda ortaya çıkan karışıklık; hastanın hekimi seçme hakkı olduğu gibi; hekimin de hastayı kabul etmeme

---

<sup>217</sup> 23.6.2004, 2004/13-291 E., 2004/370 K.

<sup>218</sup> Özpınar, s.97.

<sup>219</sup> Günday, s. 45 vd.

hakkının olmasıdır.<sup>220</sup> Dolayısıyla; hasta kabul anında hekimin hastayı reddetmesi de mümkün olmaktadır. Burada düşünülmesi gereken durum; hastanın acil müdahaleyi gerektirecek bir durumunun söz konusu olması ya da hastanın kabul edilmemesi nedeniyle hastanın sağlığında bozulma ya da hastada büyük bir zararın meydana geleceği kıstası olması yararlı olacaktır.

Eğer hekim; kendisine getirilen hastaya müdahale yapmaması halinde hastanın zarara uğrayacağına belli olduğu bir durumda müdahaleden kaçınarak hastayı kabul etmez ise; mesleki kurallar ve yasal düzenlemelere aykırılık yapmış kabul edilir ve özen yükümlülüğünün ihlali gerekçesiyle hastada meydana gelen zararın karşılanabilmesi için hekimin tazmin sorumluluğu ortaya çıkar.

## 2. Acil Müdahalede Tıbbi Malpraktis

Hastanın hayati tehlikesinin söz konusu olabileceği acil durumlarda hekimin müdahalesi zorunlu olmaktadır. Bu zorunluluk; kanuni düzenlemelere bağlı olarak ortaya çıkmaktadır.

Tıbbi Deontoloji Tüzüğü 3. maddesinde de; " Tabip ihtisası ne olursa olsun gerekli bakımın sağlanamadığı olgularda zorunlu sebep olmadıkça ilk yardımda bulunulacağı belirtilmiş; dolayısıyla bu düzenleme ile acil müdahale hallerinde hekimin hastaya müdahalesinin yapması gerektiği aksi halde düzenlemelere aykırı davrandığının kabul edildiği belirtilmiştir.<sup>221</sup>

Günday'a göre; "acildeki hekimlerin sorumluluğu; hastayı ilk gördüğü andan itibaren başlar ve başka bir hekimin tedaviyi üstlenmesiyle sona erer; ancak sevkten sonra dahi sevke kadar yapmış olduğu tedaviden sorumluluğu da devam eder."

Acil müdahalede; hekim, hasta ile arasında bir hukuki ilişki olmadığı halde, hasta yararına tıbbi faaliyette bulunmaktadır. Bu durum, acil müdahalede hastanın, akdin kurulması için gerekli olan geçerli bir irade bulunmadığından söz konusu olur. Hekim söz konusu bu halde vekaletsiz iş gören olarak

---

<sup>220</sup> Christoffel, Tom. Health and The Law (A Hand Book For Health Professionals), The Free Press, New York 1985, s. 267 vd.

<sup>221</sup> Günday, s.46; Akyıldız, Sunay. "Kısırlaştırma Operasyonlarında Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", III. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2010, s. 14, 15.

müdahalelerini hastanın muhtemel iyileşme menfaati sayesinde haklı görür.<sup>222</sup> TBK m. 526'dan itibaren düzenlenen vekaletsiz iş görme hükümlerine göre; hekim sorumlu olur. Düzenlemelere göre; hekim vekaletsiz iş görürken; müdahalesini hastanın menfaatine ve varsayılan iradesine uygun olarak görmeye yükümlüdür.

Vekaletsiz iş gören olarak; hekim de her türlü ihmalden sorumludur. Ancak, hekim bu işi, hastanın karşılaştığı zararı veya zarar tehlikesini gidermek üzere yapmışsa, sorumluluğu daha az değerlendirilecektir.

Hekim; acil müdahalede hastasına gerekli özen yükümlülüğünü göstermemesi nedeniyle hastasının uğradığı maddi ve manevi zararını vekaletsiz iş görme hükümlerine dayalı olarak ortaya çıkan sorumluluğunu karşılayacaktır.

### **3. Teşhiste Malpraktis Sorumluluğu**

Hasta ile hekim arasında ortaya çıkan özen yükümlülüğü daha çok hekim ile hasta arasındaki tedavi sözleşmesinden kaynaklanmakta olup; istisnai hallerde haksız fiilden ya da vekaletsiz iş görme hükümlerine dayalı olarak da ortaya çıkabilmektedir.

Hekim ile hasta arasındaki tedavi sözleşmesinin hukuki niteliğinin vekalet sözleşmesiyle benzerliği nedeniyle; tıpkı vekalet sözleşmesindeki vekil ile müvekkil arasındaki güven ilişkisi önemli olduğu gibi; hasta ile hekim arasındaki güven ilişkisi de büyük önem taşımaktadır. Dolayısıyla; hekimine güvenerek başvuran bir hastanın bu güven ilişkisi içerisinde teşhis ve tedavisinin özenle yapılmasını isteme hakkı olduğu gibi; hekimin de hastasından güven ilişkisine dayalı olarak açık bir şekilde şikayetlerini anlatarak, istenilen tetkiklerin, istenilen yöntemlerin yapılmasını bekleme hakkı bulunmaktadır. Buna bağlı olarak özenle yerine getirilen karşılıklı ilişkide tazminat sorumluluğuna gidilemeyecektir.

Teşhis; tedavi sözleşmesinin başlamasında tıbbi müdahale; yani tedaviden önceki aşama olup; tedaviyi ve hastalığın seyri ona göre belirleneceği için büyük bir önem taşımaktadır. Bu nedenle; teşhis; doğru tedavi yolu için gerekli olmakla birlikte; hekimin teşhiste bulunurken bilgisini, mesleki deneyimini ve yeteneğini kullanması gerekmektedir.

---

<sup>222</sup> Öztürkler, s. 191; Yavuz, s. 743, 753.

Teşhis; hastalığın belirlenmesinde buna göre tedavi yöntemlerinin uygulanmasında etkili olduğundan büyük önem taşımakta olup; gerekli tüm tetkikler yapıp, hastalığın seyrinin tespit edilmesi ve hasta hikayesinin gerekli dikkat ve özen gösterilerek yapılması gerekmektedir.

Anamnez; hasta hikayesi olarak tanımlanmakta olup; hastanın ve hastalığın geçmişi; dolayısıyla teşhisin doğru yapılabilmesi için önemlidir.<sup>223</sup>

Hastanın, hekiminle arasındaki güven ilişkisine dayalı olarak hastalığının hekim tarafından anlaşılmasını sağlayacak yaşadığı şikayetleri anlatması beklenirken; hekimden de anamnez sırasında hastasının anlattıklarını özenli ve dikkatli bir şekilde dinleyerek hastalığın teşhisini doğru koyabilmesi için gerekli tedbirleri de alması gerekmektedir.

Alınması gereken tedbirlerden bir diğeri de; hastalığın teşhisinde gerekli olacak tüm tetkiklerin yapılması ve hastalığın teşhisinde kesin bir kanıya varmak için önemli olmaktadır. Ancak; hekim tüm bu yükümlülüklerini özenli bir şekilde yerine getirmiş olmasına rağmen doğru teşhis koyamaması nedeniyle sorumlu tutulamayacaktır. Hekimin sorumluluğu; ancak gerekli özeni göstererek tanıyı koymaması, hastanın bu konuda zarara uğraması halinde söz konusu olmaktadır.

#### **4. Tedavide Malpraktis Sorumluluğu**

Tedavi; hekimin, hastanın iyileşmesi veya en azından ızdıraplarının azaltılması için tıp bilimi ve uygulamasının öngördüğü esaslar çerçevesinde özenle faaliyette bulunmasıdır.<sup>224</sup>

Hekimin hastasına karşı tedavide özen yükümlülüğünü yerine getirmesi halinde hastanın iyileşmemesi durumunda hekimin sorumluluğuna gidilemez.<sup>225</sup>

Yargıtay kararında<sup>226</sup> ; hekimin, hastalığa tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin doğru teşhisi koyup, önlemlerini eksiksiz bir biçimde gecikmeksizin alması gerektiği belirtilerek hekimin teşhis koyma ve tedavi borçlarına işaret edilmiştir.

---

<sup>223</sup> Günday, s.51.

<sup>224</sup> Özpınar, s.38.

<sup>225</sup> Ayan, s.64.

<sup>226</sup> 13.HD 21.1.2002, 2001/ 10959 E., 2001/ 487 K.



Tedavinin özen yükümlülüğüne aykırı olarak yerine getirilmemesi halinde tıbbi malpraktis sorunu ortaya çıkabileceği gibi görev ve sorumluluk gereği müdahale edilmesi gereken bir durumda müdahale edilmemesi ya da geç müdahalede bulunulması da tıbbi malpraktis konusuna dahil olmaktadır.

Tedavi yöntemini seçmek ise; hekime bağlıdır. Ancak; hekim bunu seçerken gerekli özeni göstermek ve hastasının çıkarları doğrultusunda bu kararı vermekte yükümlüdür.

Tedavi yöntemini seçmek; doktor hakları 3.maddesinde; " çağdaş, bilimsel tıp olanaklarının uygulanma hakkı; tıp eğitiminde yüksek teknolojinin tıptaki uygulama alanları ile tanışan bir doktorun iş yaşamında tanı ve tedavide söz konusu gelişmeleri yaşamayı istemesi hakkıdır. Ayrıca;

Hasta hakları 11.madde'de; " hasta, modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak teşhisinin konulmasını, tedavisinin yapılmasını ve bakımını istemek hakkına sahiptir."

Tıbbi Deontoloji Tüzüğü m.13'de de; doktorun, tıp ilke ve kurallarına göre hareket etmesi gerektiği belirtilmiştir.<sup>227</sup>

Yargıtay tarafından verilen bir kararda<sup>228</sup>; davacıların, muris hastalarının trafik kazası geçirmesi nedeniyle hastaneye kaldırılıp ilk müdahalenin orada yapıldığı, yakınları tarafından ertesi günü başka bir hastaneye götürüldüğü, davalı hekimin hastayı ameliyat ettiği, hastanın pankreası yırtık olmasına rağmen hekimin bunu ihmal edip gerekli müdahaleyi yapmadığı, ertesi gün ise diğer davalı hekimin pankreas yırtığını fark edip derhal ikinci ameliyatı yaptığını; ancak iyi yöntem ve özen gösterilmediği, hastanın durumunun kötüleşmesi üzerine başka bir hastaneye kaldırıldığı, orada da birçok ameliyat yapılmasına karşın hastanın öldüğü belirtilerek; hasta yakını davacılar tarafından maddi ve manevi tazminat davası açılmıştır. Davacılar, bu davayı davalı hekimin hastaya ilk müdahaleyi ve ameliyatı yapan hekim olarak pankreas yırtığını tespit edememiş olması, diğer davalı hekim için ise; pankreas yırtığını tespit etmiş olmasına rağmen gerekli tıbbi müdahale ve tedaviyi tam olarak yapmadığı, diğer davalı hastanenin ise davalı hekimleri istihdam eden sıfatıyla sorumluluğunun bulunduğu gerekçesiyle maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulmuştur.

---

<sup>227</sup> Günday, s. 63.

<sup>228</sup> Yargıtay 13.HD 25.5.2000, 2000/2892 E., 2000/5141 K.

Yüksek Sağlık Şurası tarafından mahkemeye verilen raporda; yalnızca hekimlerin özen yükümlülüklerine dayalı olarak kusur yükletilmiş olup; sorumluluk ilkeleri ve unsurlarına değerlendirme yoluna gidilmemiştir. Bu nedenle tıbbın gerektirdiği tedavi ve müdahale yöntemini veya yöntemlerini hekimlerin uygulamaları gerektiği; uygulamadıkları söz konusu ise; her bir hekim için ayrı ayrı saptanması gerektiği, ölüm olayının uygulanmayan, ihmal edilen tıbbın gerektirdiği tedavi ve müdahalelerden ileri gelip gelmediği sonuçta davacılar desteğinin ölmesi olgusu ile davalı hekimlerin eylemleri arasında illiyet bağının bulunup bulunmadığı, illiyet bağı mevcut ise; her bir davalı hekimin kusur derecelerinin ayrı ayrı belirtilmesi gerektiği, raporun daha ayrıntılı olması gerektiği belirtilerek mahkeme kararı bozulmuştur.

Tedavinin yapılaş aşamasında da hekimin gerekli özen yükümlülüğü ile hareket etmesi gerekmektedir. Bu konu hakkında bir Yargıtay kararında; davacının, sağ el baş parmağının paslı demir çubukla kesilmesinden dolayı davalının sahip olduğu hastaneye hastanın götürüldüğü, orada kendisini muayene eden hekimin talimatı doğrultusunda pansuman yapılarak kesiğe iki dikiş atıldığı ve gönderildiği, ancak sabaha karşı evinde hastanın komaya girmesi nedeniyle Tıp Fakültesine sevk edilerek tetanos teşhisi konulduğu ve hastanın yirmi altı gün yoğun bakımda kaldığı belirtilerek hastane sahibi ile müdahaleyi yapan hekime maddi, manevi tazminat talebinde bulunulmuştur.<sup>229</sup>

Dolayısıyla; hekimin yanlış tedavisi yanında oluşabilecek hasarları göz ardı ederek özensiz bir şekilde tedavide bulunması ve gereğini gözetmemesi durumunda da; hekimin maddi ve manevi zararlardan dolayı sorumluluğuna gidilebilmektedir.

Hekimin; tedavi sırasında hastasını iyileştirmek için; ilaç tedavisine de başvurulmaktadır. Böyle bir durumda; hekimin sorumluluğunun doğup doğmayacağı konusunda da tedavi aşamasında hekimin özen yükümlülüğüne dahil edilmesi gerekmektedir.

Hekim; reçeteye yazdığı ilaç hakkında tüm bilgileri hastaya aktarmakla yükümlü olup; bu yükümlülüğün hayatın olağan koşulları içerisinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

---

<sup>229</sup> Yargıtay 13.HD 20.11.2000, 2000/8582 E., 2000/10298 K.

Günde yüz tane hastaya bakması gerekli olan bir hekimin her bir hastasına tüm ilaçların her bir detaylarını ayrıntılı bir şekilde izahı mümkün olmamaktadır. Dolayısıyla; hekim açısından da bu durumun dikkate alınması gerekmektedir. Aksi halde; hekime her türlü açıdan zarar yükletilebilecek olup; hasta ile hekim arasındaki güven ilişkisinin zedelenmesine neden olunacaktır.

Hekim; ilaçla ilgili genel olarak kullanım süresi, yan etkileri, dozları hakkında kısa bir bilgi vermekle mükelleftir. Bu mükellefiyetini yerine getirmeyen hekime karşı; haksız fiil hükümlerine dayalı olarak başvurulabilecek olup; hastasıyla arasında tedavi sözleşmesinin söz konusu olduğu hallerde ise; sözleşmeye dayalı olarak hekimin sorumluluğuna gidilebilecektir. Ancak; ilaç prospektüsünde yer almayan bilgiler ve tehlikelerin ortaya çıktığı bir durumda; hekim tarafından bilinmesine rağmen hastaya bu ilaç verilmesi halinde; ilaç üreticisi ile hekim arasında müteselsilen sorumluluk söz konusu olacaktır.<sup>230</sup> Müteselsil sorumluluk; TBK m. 61'de düzenlenmiş olup; birden çok kişi ile birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanacağı; m. 62'de ise, tazminatın aynı zarardan sorumlu müteselsil borçlular arasında paylaştırılmasında, tüm durum ve koşullar, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin göz önünde tutulacağı; tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişinin bu fazla ödemesi için, diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkına sahip ve zarar görenin haklarına halef olduğu düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere dayanarak; ilaç prospektüsünde yer almayan bilgilerden dolayı tehlikenin ortaya çıktığı bir durumda; ilacın yan etkilerinin hekim tarafından bilinmesi ve hastaya söylenmemesi nedeniyle oluşan zararlarda; hekim ilaç üreticisiyle birlikte müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümlere göre sorumlu tutulacaktır. Örneğin; hastaya verilen bir ağrı kesicisinin yan etkilerinde mide kanamasına yol açabileceği belirtilmemiş olup; hekim mesleki bilgi ve tecrübelerine dayalı olarak bu ilacın mide kanamasına yol açabileceğini biliyor ve hastayı uyarıyor; sonucunda hasta mide kanaması geçiriyorsa; hasta; zararını karşılamak için ilaç üreticisi ve hekime müteselsil sorumluluk düzenlemesine göre başvurabilecektir.

---

<sup>230</sup> Günday, s. 69, 70.

Zarar karşılanırken; hekim ve ilaç üreticisinin kusurlarının ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu ele alınarak sorumlu tutulacaklardır.

Hekimin; hasta kabul esnasında, acilde, teşhiste veya tedavideki tıbbi malpraktis sorumluluğu; hekimin tazminat sorumluluğudur. Söz konusu sorumluluğa göre; hekim; hastasının uğradığı maddi zarar nedeniyle maddi tazminat; manevi zarar nedeni ile ise; manevi tazminat ödemekle yükümlü olur.

Hekimin; maddi ve manevi tazminat sorumluluğu da TBK hükümlerine dayanmaktadır.

Söz konusu tüm durumlarda; tıbbi malpraktis sorumluluğuna gidilebilmesi için; hekimin hukuka aykırı davranışı sonucunda meydana gelen zararda hekimin özen yükümlülüğüne aykırılığı olması ve kusurunun bulunması gerekmektedir. Hekimin; mesleki kurallar ve kanuni düzenlemelere göre gerekli özeni göstermemiş olması durumunda kusurlu olduğu kabul edildiğinden; özen yükümlülüğüne aykırı davranan bir hekimin hastasına verdiği zararda malpraktis sorumluluğu ortaya çıkacaktır.

Hekimin; özen yükümlülüğünü ihlal etmesi durumunda karşılaştığı yükümlülüklerde tazminatlar anlatıldığından burada bu konuda ayrıca yer verilmeyecektir.

## **H. Tıbbi Müdahale ve Tedavide Özen Yükümlülüğüne Aykırılık Nedeniyle Ortaya Çıkan Malpraktisin Kusur ve Komplikasyonlar ile İlişkisi**

Tıbbi malpraktis; tıbbi uygulamalarda bulunan hekim ve yardımcı personelin mesleğin gerektirdiği ortalama dikkat ve özeni göstermemesi nedeniyle yapılan tıbbi hata olarak tanımlanmaktadır. Hatalı tedavi ya da tıbbi ihmal olarak da özetlenmektedir. Hekimin; hatalı ya da kusurlu davranışı yüzünden hasta ya da yakınlarının bir zararının doğmuş olmasında söz konusu olmaktadır. Hekimin, kusurunun bulunması, hekimin yaptığı tedavi ya da müdahalede bir aksama, ihmal ya da kurala aykırı davranışın varlığı ile ilgili olup; ihlal sınırında; standart ortalama bilgi düzeyine sahip olan hekimin gerçekleştireceği beceri, dikkat ve özen gösterip göstermediği dikkate alınır. Ayrıca; hekimin meslek kusurunun varlığının kabulü için tıp biliminin genelde

benimseyip kabul ettiği kural ve ilkelere uymuş olması yanında kusurlu olması da gerekmektedir.<sup>231</sup>

Hekim hatasının belirlenmesinde; Adli Tıp Kurumu, Yüksek Sağlık şurası ve Üniversitelerin Tıp Fakülteleri hastanelerinden alınan raporlar esas alınmaktadır.<sup>232</sup>

Tıbbi malpraktiste; hekim hastasına bir kusur ile zarar vermişse sorumlu olacaktır. Kusur, bu görevin ihmali neticesinde ortaya çıkar. Kusurun tıbbi malpraktise konu olabilmesi için de yetkili hekimin, müdahale ettiği bir hasta ve hastaya müdahale neticesinde zarar görmüş olması gerekmektedir. Tıptaki bu kusur; hekim açısından maddi ya da manevi tazminat sorumluluğunu da doğurmaktadır.<sup>233</sup>

Tıbbi komplikasyon ise; tıbbi yardım ve müdahale sırasında öngörülemeyen bir tehlikenin aniden ve umulmadık şekilde ortaya çıkmasıdır. Bu durum; "izin verilen risk" olarak da açıklanmaktadır.<sup>234</sup>

Hekimin hastaya müdahalesinde hastada oluşan zararın komplikasyondan kaynaklandığının anlaşılması için; komplikasyonlara karşı gerekli tüm önlemlerin alınmış olması, gerekli araç ve gereçlerin bulundurulmuş olması, gerekli müdahalelerin yapılmış olması gerekli olup; gerekli önlemleri almadan, özensizce hareket edilmesi neticesinde hastanın zarara uğramış olması durumunda; gerçekte komplikasyon olan durum, kusurlu bir eylem haline dönuşmüş olacaktır. Komplikasyonun olduğu durumda; ortaya istenmeyen kötü sonuçlar çıksa bile gerekli dikkat ve özeni göstermiş olan hekime sorumluluk yükletilemez.<sup>235</sup>

Komplikasyonlar; her hastalığa göre değişebilen durumlar olup; her hastalıkta ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Bazı hastalıklar açısından komplikasyon olarak değerlendirilebilen bir durum, başka bir hastalık için kusura neden olabilmektedir.

---

<sup>231</sup> Kıcalıoğlu, s. 47 vd. ; Hanyaloğlu, Ayşe Gü. Malpraktis, Hekimler İçin Hukuksal Yaklaşım ve Sigorta Rehberi, Nobel Tıp Kitabevi, İstanbul 2011, s. 1, 2.

<sup>232</sup> Kıcalıoğlu, s. 51.

<sup>233</sup> Günday, s.113, 114.

<sup>234</sup> Kıcalıoğlu, s. 51; Günday, s. 116.

<sup>235</sup> Kıcalıoğlu, s.52.

Yavuz'a göre; batin ameliyatı yapılırken ureterin kesilmesi, olayın ureter kesilmesi iken; bu fiilin kanser nedeniyle yapılmış olması halinde kesiği doğal kabul etmek; daha az komplike bir vakada ise kusurlu hareket olarak kabul edileceği belirtilmiştir.<sup>236</sup>

Tıbbi malpraktiste de komplikasyon durumunda da ortak olarak önemli olan durum ise; illiyet bağıdır. Haksız fiil sorumluluğunun oluşmasında; illiyet bağının önemi nasılsa; hekimin malpraktis sorumluluğunun oluşmasında da; komplikasyon sonucunda hastanın zarara uğraması arasındaki illiyet bağı da büyük bir önem arz etmektedir. Bu nedenle; tıbbi malpraktiste de komplikasyonda da esas anlaşılma noktası; illiyet bağıdır. İlliyet bağının mevcut olup olmadığı ise; her vakada ayrı ayrı değerlendirilmeli ve mahkemeler tarafından istenilen bilirkişi raporlarında da ayrıca değerlendirilmelidir.

Günümüzde ortaya çıkan ve hekim ile hastane sorumlulukları açısından önem taşıyan bir durum da hastane enfeksiyonu (mikrobu)dur. Herhangi bir nedenle hastaneye başvuran hastalarda, başvuru sırasında kuluçka döneminde olan enfeksiyonlar dışında, yatıştan 48 saat sonra ya da taburcu olunduktan hemen sonra ortaya çıkan enfeksiyonlara hastane mikrobu denilir. Hastane mikrobu oluşumuna; hastanın yaşı, altta yatan herhangi bir hastalığının olup olmaması, beslenme durumu, almakta olduğu ilaçlar etkili olmaktadır. Vücutta normalde bulunan organizmalar hastanın bağışıklık sisteminde sorun olduğunda ortaya çıkabilmektedir. Böyle bir durumda; hastanın vücudu mikrop üretmekte ve antibiyotiğe duyarlı olmamaktadır. Bu durumda; hekimin ya da diğer sağlık personelleri ile hastanenin herhangi bir sorumluluğu söz konusu olmamaktadır. Hastanede yatmakta olan hastanın bulunduğu çevreden, kullanılan aletlerden hastane mikrobu alması konusunda ise; hastane ve hekimler ile sağlık personellerinin özen yükümlülüklerine göre sorumlu tutulması mümkün olur.

Hastane mikrobu tedavilerinde, hastanın vücudu bu ilaçlara direnç göstermekte ve vücut mikroba karşı dayanıksız hale gelmektedir. Burada; kullanılan malzemelerden araçlardan, ya da yanlış tedaviden kaynaklanan bir sorumluluktan söz edilemez. Ancak; hastane mikrobuna sahip olan bir hastanın özenle bakımının yapılması, steril bir ortamda bulundurulması ve diğer hastaların da bu mikroba maruz kalmaması için hastane mikrobuna sahip hastada kullanılan

---

<sup>236</sup> Günday, s. 121'den Yavuz, s. 102.

tıbbi malzemelerin diğer hastalarda kullanılmaması, hastane mikrobuna sahip hastalarla diğer hastaların farklı odalarda tutulması, temaslarının engellenmesi, tüm bakım süresince bunlara özen gösterilmesi gerekmektedir. Tüm bakım süresince ve hastane mikrobi bulunan hastaya yönelik dikkat ve özenin gösterilmemesi nedeniyle diğer hastaların bu mikroba maruz kalması durumunda ancak; özen yükümlülüğünün ihlaline ve tıbbi kusura göre; hekimlerin, sağlık personellerinin ve hastanelerin sorumluluğuna gidilebilir.

## SONUÇ

Tıp biliminin hızla ilerlemesi ve hekimliğin profesyonel bir meslek olarak icra edilmesiyle birlikte hasta hakları da gündeme gelmeye ve önem kazanmaya başlamıştır.

Günümüzde hekimlerin hastalara karşı tıbbi müdahalelerinden doğan cezai, mesleki, idari ve hukuki sorumlulukları büyük önem taşımaktadır.

Hastaların haklarından yararlanabilmesi, güven duygusuna dayalı olarak yürütülen hasta hekim arasındaki ilişkinin düzgün ilerleyebilmesi, hekim hatası nedeniyle zarara uğrayan hastaların zararlarını tazmin edebilmeleri için hekimlere pek çok sorumluluk yüklenmiştir.

Hekimler hastayla aralarındaki tedavi sözleşmesine dayalı olarak, sözleşme şartlarını yerine getirmezlerse; sözleşmeden dolayı sorumlu olurlar. Eğer hekimler haksız fiil nedeniyle; yani hastaya uyguladıkları tıbbi tedavide bir zarar ortaya çıkarsa hastanın gördüğü zarar hekimin tıbbi tedavisi nedeniyle olursa ve zarar ile hekimin tedavisi- müdahalesi arasında illiyet bağı olursa bu durumda hasta, hekimin haksız fiil sorumluluğuna dayanarak zararının giderilmesini isteyebilecektir. Her iki sorumluluğu gerektiren yani sorumlulukların yarıştığı durumlarda ise;; zarar gören bir sorumlulukta zararın giderilmesi konusunda ısrar etmedikçe, olayın niteliğine göre zararı nasıl en iyi şekilde giderilebilecekse o sorumluluğa dayalı olarak hekim sorumlu tutulacaktır. TBK m.60'da hakim, böyle bir durumda zarar görenin aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe zarar görene en iyi giderim imkanı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar vereceği düzenlenmiştir.

Hasta ile hekim arasındaki ilişkide bir diğer önemli konu ise; aydınlatılmış onam ile birlikte özen yükümlülüğünü oluşturmaktadır.

Hekim hastasını teşhis, tedavi ve müdahale yönünden aydınlatmak ve hastanın da hekimin müdahalesinin hukuka uygun hale gelebilmesi için



anlatılanları onaması gerekmektedir. Aksi halde; hekimin sorumluluğuna gidilecektir.

Hekim ile hasta arasındaki ilişkide; güven unsurunun önem taşıması nedeniyle; hastalığın tanısında, tedavisinde ve gerekli tıbbi müdahalelerin yapılabilmesinde hastanın isteyebileceği bir hekime güvenmesi önem taşımaktadır. Böyle bir ilişkinin varlığında ise; hekimin, mesleki kurallarına bağlı olarak gerekli dikkati ve özeni göstermesi gerekmektedir. Bu nedenle hekimin özen yükümlülüğü; diğer yükümlülüklerin de içinde yer alan bir yükümlülük olmakla birlikte tıbbi müdahaleler açısından hekim ile hasta ilişkisi içerisinde ayrıca bir öneme sahiptir.

Hekimin özen göstermesi; hastasının yararına sonuç doğuracak bir şekilde olmalı; yükümlülüğünü yerine getirirken tıbbi müdahalenin iyi bir şekilde sonuçlanabilmesi; hastanın sağlığına kavuşabilmesi için gerekli özeni göstermek zorunda olması gerekmektedir. Buna uymayan hekime karşı; özen yükümlülüğünün ihlali nedeniyle hastanın zarara uğraması söz konusu olduğu durumlarda hekimin hukuki sorumluluğuna gidilerek; hastanın zararının maddi bir zarar olması halinde maddi ve manevi bir zarar olması halinde manevi tazminat ile karşılanacaktır.

Hekimler görevlerini yerine getirirken mesleki bilgilerini, özenlerini, becerilerini en iyi şekilde kullanarak yerine getirmekle yükümlüdür. Hekimlerin bu yükümlülüklerine uymaması durumunda; mesleki hataları söz konusu olacaktır. Hekimin teşhis ve tedavi sırasındaki karşılaşılabilecek her durumda özen yükümlülüğü ile hareket etmesi hekimin hukuki sorumlulukları açısından dikkat edilmesi gereken bir durumdur. Ancak, hasta ve hekim arasındaki tedavi ilişkisinin doğru bir şekilde sonuçlanması, insanlık gelişimi için önemli aşamalar kaydedilmesi gereken tıp mesleğinin rahatça yerine getirilebilmesi, hekimin görevini yerine getirirken hasta sağlığı için gerekli olan tüm tıbbi girişimleri uygulayabilmesi amacıyla hekimden beklenen özen yükümlülüğünün makul bir ölçüde olması gerekmektedir. Bu nedenle hekimin özen yükümlülüğü incelenirken her duruma göre ayrı ayrı incelenmesi gereklidir. Aksi bir durumda, hekimin tıbbi girişimlerini rahatça yerine getirmesi, her yapılan müdahalede özen yükümlülüğünün ihlalinin ileri sürülmesi hekimlerin mesleğini yerine getiremeyecekleri bir duruma getirecektir.

Tüm bu yükümlülükleri değerlendirirken; tıbbın gelişimi, hekimin mesleğini yapmasına engel durumların ortaya çıkmaması için; özen yükümlülüğünün sınırı çok geniş tutulmamalı, hekimlerin de mesleklerini yerine getirirken yeni tıbbi gelişmelere katkı sağlamak, hastalarına tedavi yöntemlerinde farklılıklar oluşturmak, yenilikleri sağlayabilmek adına tıp biliminin gerektirdiği riskler göz önüne alınarak özen yükümlülüğünün ihlal edilip edilmediği değerlendirilmelidir. Aksi bir durumda; hekim hastalara hiç müdahale edilemeyecek duruma sokulacak, tıbbi gelişmelere cevap veremeyecek hekimler ortaya çıkmış olacaktır.

Belirtilmesi gereken önemli konulardan bir tanesi de; daha önce bahsedildiği gibi; Yargıtay'ın kararlarında günümüzde ortaya çıkan en önemli değişiklik olan; kamu hastanelerinde çalışan hekimlere karşı doğrudan doğruya dava açılmasının yasaklanması olmuştur. Yargıtay Genel Kurulunun vermiş olduğu bu karar ile artık kamu hastanelerindeki doktorlara karşı hastalar doğrudan dava açma ve zararlarını tazmin etme haklarını yitirmişlerdir. Bu kararla, hekimlerin zor durumda kalması ve kamu hizmeti görevi yerine getirdikleri için hasta ile hekim arasındaki ilişkinin vekalet ilişkisi olamayacağı belirtilmiştir. Böylece, Anayasa m. 129'da düzenlenen; memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir hükmüne uyularak hastanın kamu hastanelerinde çalışan hekime doğrudan doğruya dava açamaması kararı yerinde bir karar olmuştur.

## KAYNAKÇA

Akıncı, Şahin. Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, 1.Baskı, Sayram Yayınevi, Konya 2004.

Akyıldız, Sunay. "*Kısırlaştırma Operasyonlarında Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü*", III. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2010.

Altun, Gürcan; Yorulmaz, Abdullah Coşkun. Yasal Değişiklikler Sonrası Hekim Sorumluluğu Ve Malpraktis, Trakya Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, Trakya 2010.

Aral, Fahrettin. Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 8.Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2010.

Arıdemir, Arzu Genç. Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat, 1.Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2008.

Aşçıoğlu, Çetin. Doktorların Hukuki Ve Cezai Sorumluluğu, Olgaç Matbaası, Ankara 1982.

Ateş, Turan. Hekimlerin Cezai Ve Hukuki Sorumlulukları, Nobel Tıp Kitabevi, İstanbul 2007.

Ayan, Mehmet. Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk, Kazancı Yayınları, Ankara 1991.

Başpınar, Veysel. ( Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın)Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Gözden Geçirilmiş 2.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2004.

Başpınar, Veysel. "*Yargıtay Uygulamaları Açısından Hekimin Özen Borcunun Tıbbi Standartlarla İlişkisi*", Prof.Dr. Fırat Öztan'a Armağan Cilt I, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s. 365-394.

Bayraktar, Köksal. Yeni TCK Ve Doktorun Sorumluluğu, Yeditepe Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul.

Christoffel, Tom. Health And The Law (A Hand Book For Health Professionals), 1.Baskı, The Free Press, New York 1985.

Dedeoğaç, Ender. Hasta Hakları Açısından Hekim Sorumluluğu, Bilge Yayınevi, Ankara 2005, s. 31.

Demir, "Mehmet, Hekimin Hukuksal Sorumluluğunun Kaynakları Ve Özel Hastane- Kamu Hastanesi Ayrımı", Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara 2009, s.267.

Demir, Mehmet. Hekimin "Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara 2008.

Er, Ünal. Sağlık Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2008.

Eren, Fikret. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9.Baskı, Beta Basım A.Ş, Ankara 2006.

Erman, Barış. Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003.

Fidan, Nurten. "Hekimin Tıbbi Müdahaleleri Nedeniyle Sorumluluğu", Taad Cilt:1 Sayı:3 2010.

Gökcan, Hasan Tahsin. Hukukumuzda Haksız Fiil Sorumluluğu Ve Tazminat Davaları, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003.

Günday, Rezzan. Tıbbi Müdahale Ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.

Gürelli, Nevzat. "Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalenin Sınırları", İstanbul Üniversitesi Dergisi, İstanbul 2011.

Hancı, Hamit. Malpraktis, Tıbbi Girişim Nedenleri, Hekimin Ceza Ve Tazminat Sorumluluğu, 1.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2002.

Hanyaloğlu, Ayşe Gül. Malpraktis, Hekimler İçin Hukuksal Yaklaşım Ve Sigorta Rehberi, Nobel Tıp Kitabevi, İstanbul 2011.

Hatemi, Serozan, Arpacı. Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.

İnal, H. Tamer. Borca Aykırılık Ve Sonuçları, 2. Baskı, Papatya Yayıncılık, İstanbul 2009.

İpekyüz Yavuz, Filiz. Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmeleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006.

Karacabey, Ömer. "Hakların Yarışması", Ankara Barosu Dergisi, Ankara 1980.

Karahasan, Mustafa Reşit. Sorumluluk Hukuku, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, Öğreti Yargıtay Kararları, 6.Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2003.

Karasu, Sinem. Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.

Kıcalıoğlu, Mustafa. Doktorların Ve Hastanelerin Tıbbi M¼dahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.

Kılıçoğlu, Ahmet. Borçlar Hukuku Genel H¼k¼mler, Genişletilmiş 10.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2008.

Kuru, Baki; Arslan, Ramazan; Yılmaz, Ejder. İcra Ve İflas Hukuku Ders Kitabı, G¼zden Geçirilmiş 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2010.

¼zdemir, Hayrunisa. Özel Hukukta Teşhis Ve Tedavi S¼zleřmesi, Yetkin Yayınevi, Ankara 2004 .

¼zdemir, Hayrunisa. “Diş Hekimlerinin Hukuki Sorumluluğu”, <http://www.erzincan.edu.tr> Web Sitesinden Alıntı , 20.04.2014.

¼zg¼l, Mehmet Emin. Yeni Tıbbi Y¼ntemlerin Hukuka Uygunluğu, 1.Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.

¼zkaya, Eraslan. Vek¼let S¼zleřmesi Ve K¼t¼ye Kullanılması,2.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.

¼zpınar, Berna. Tıbbi M¼dahalede K¼t¼ Uygulamanın Hukuki Sonuçları, 1. Baskı, G¼ng¼r Basım Yayım, Ankara Barosu, Ankara 2007.

¼zt¼rkler, Cemal. Hukukun Uygulanmasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis Ve Tedavi Ve Tıbbi M¼dahaleden Doğan Tazminat Davaları, 2.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2006.

Petek, Hasan. İlaç Üreticisinin Hukuki Sorumluluğu, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.

Polat, Oğuz. Tıbbi Uygulama Hataları (Klinik-Sosyal- Hukuksal- Etik Boyutları), Seçkin Yayınevi, Ankara 2005.

Reyisoğlu, Seza. “Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu”, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler IV. Sempozyumu, İstanbul 1983.

Sarıtaş, Hatice. Hasta Hakları Açışından Hekim Sorumluluğu, 1.Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara 2005.

Savaş, Halide. Sağlık Çalışanlarının Ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi M¼dahaleden Doğan Sorumlulukları, 1.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2007.

şenocak, Zarife. Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara 1995.

şenocak, Zarife. Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, Ankara 1998.

Tandoğan, Haluk. Hukuka Aykırılık Bağı ( Sorumluluk Hukuku'nun Güncel Sorunları), İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, İstanbul 1980.

Tandoğan, Haluk. Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II.,4.Tıpkı Basımdan 5.Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.

Uygur, Turgut. Açıklamalı- İctihatlı Borçlar Kanunu Özel Borç İlişkileri, 6. Cilt, Adalet Matbaacılık Tic. Ltd. Şti., Ankara 1994.

Yalçınduran, Türker. Vekâlet Sözleşmesinde Ücret, Gözden Geçirilmiş 2.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.

Yavuz, Cevdet. Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yenilenmiş 7.Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 1996.

Yılmaz, Battal . Açıklamalı İctihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara 2007.

Zevkliler, Aydın. Özel Borç İlişkileri, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002.

Zevkliler Aydın; Gökyayla K. Emre. Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2010.